This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

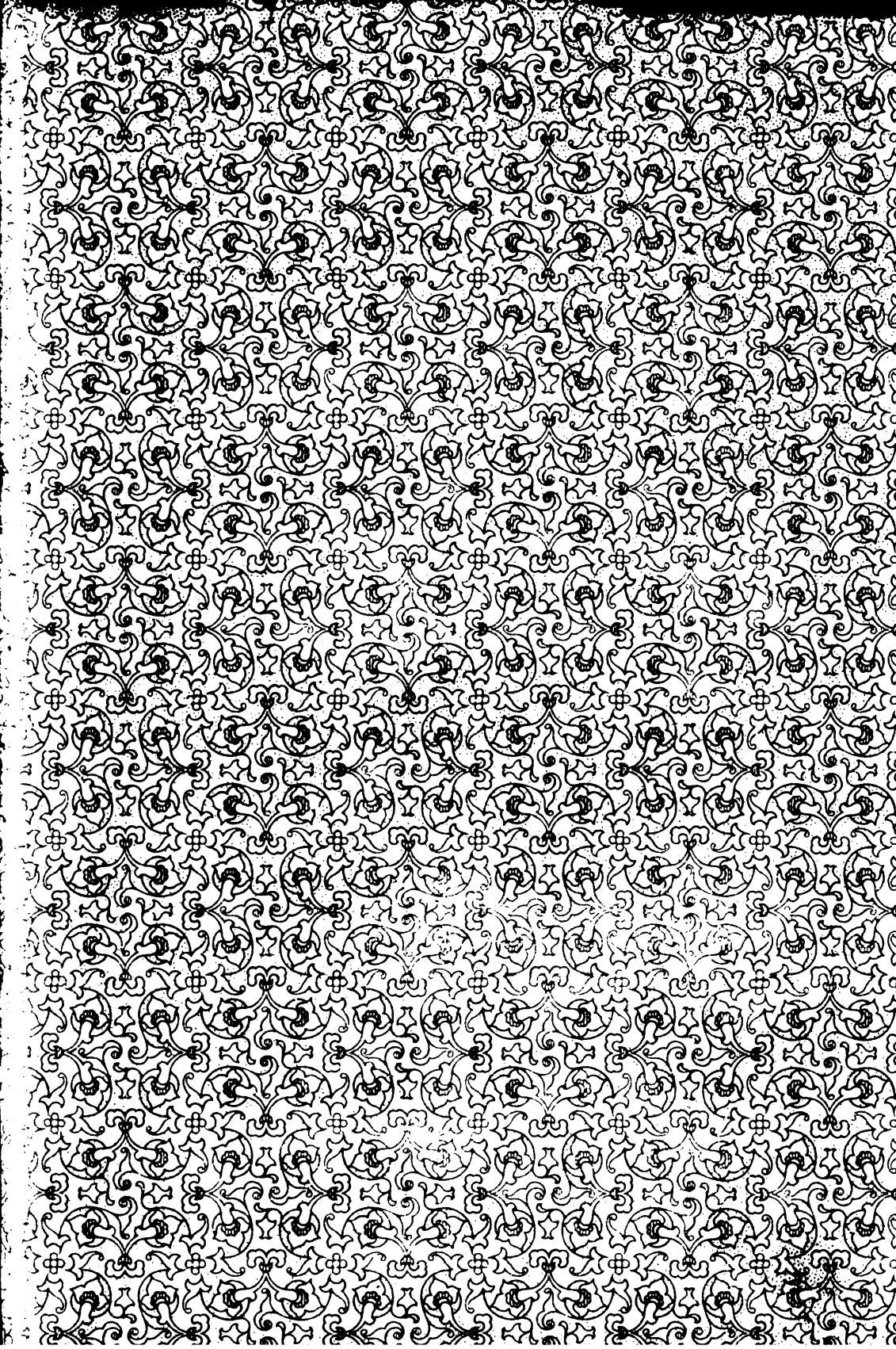
Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 202 552

I.

HARVARD LAW LIBRARY

Received June 5, 1913



GERMANY

SYSTEM

DER

RECHTS- UND WIRTSCHAFTSPHILOSOPHIE

VON

Dr. jur. FRITZ BEROLZHEIMER

FÜNFTER (SCHLUSS-)BAND

STRAFRECHTSPHILOSOPHIE UND STRAFRECHTSREFORM

MÜNCHEN 1907
C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
OSKAR BECK

STRAFRECHTSPHILOSOPHIE

UND

STRAFRECHTSREFORM

VON

Dr. jur. FRITZ BEROLZHEIMER

MÜNCHEN 1907
C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
OSKAR BECK

B 5322 54

Alle Rechte vorbehalten.

June 5, 1913

C. H. Beck'sche Buchdruckerei in Nördlingen.

Vorwort.

Die Theorie des Strafrechts ist heute noch wesentlich vom Naturrecht beherrscht. Naturrechtlich ist der Ausgangspunkt der klassischen Strafrechtsschule, daß die Strafe „Vergeltung" für die „freie" Willenstat sei. Naturrechtlich ist nicht minder die soziologische Ansicht, daß die Willensunfreiheit nur die Bekämpfung der „Sozialgefährlichkeit" ermögliche; diese Lehre leidet überdies am historisch und völkerpsychologisch unhaltbaren Sozialutilitarismus. Historisch irrig betrachten beide Schulen den Keimansatz der Strafe in der Rache. Zugleich schleppt sich der blendende, aber oberflächliche Satz des Grotius von der Übelsnatur der Strafe unwidersprochen durch die Jahrhunderte fort.

Krankt somit die grundlegende Theorie des Strafrechts am Naturrecht, so steckt der Strafvollzug noch ein gut Teil hinter dem Naturrecht, im Mittelalter. Die mittelalterliche Strafjustiz verstümmelte den Leib des Verbrechers, die neue Zeit begnügt sich damit, in gesundheitzerrüttenden Gefängnissen und Züchthäusern Geist und Seele zu martern, und den geschwächten Leib der Schwindsucht und anderem Siechtum zu überantworten. Daß der Verbrecher schließlich auch ein Mensch ist, wird nur theoretisch zu seinen Gunsten anerkannt, praktisch ausschließlich zu seinen Lasten (Arbeitspensum, Disziplin, Disziplinarstrafen). Unsere Strafanstalten unterscheiden sich von Menagerien fast nur durch den Ausschluß des Zuschauerpublikums. Und wie grell divergieren oft Schuld und Strafe. . . .

Solange Recht und Staat bestehen, finden sich Strafschuld und Strafvollzug. Schuld und Strafe wechseln gemäß den jeweils herrschenden Kulturanschauungen. Das Strafrecht der Gegenwart bleibt aber hinter der modernen Kulturanschauung zurück: Verbrechenstatbestand und Strafdrohung sind häufig nur ganz äußerlich der Schuld angepaßt; der Strafvollzug entbehrt der ethischen Gestaltung, der Berücksichtigung der Menscheneigenschaft des Verbrechers.

Gegenüber der bevorstehenden, oder richtiger: angekündigten Strafrechtsreform hat man die Frage aufgeworfen: Radikale Umgestaltung oder Reform? Von einer radikalen Umgestaltung kann nicht die Rede sein für den, der die historische Entwicklung des Strafrechts von den Urzeiten bis zur Gegenwart verfolgt und richtig erfaßt hat. Die Frage lautet treffend: Reform oder Flickwerk?

Für eine wirkliche Reform ist es allerdings notwendig, daß man sich zur Klarheit über die Grundfragen des Strafrechts durchringt. Im Strafrecht offenbart sich die Tragik des Rechts. Der Verbrecher büßt für seine Schuld, die Schuld des Verbrechers erwächst aus seiner Persönlichkeit. Für seine Persönlichkeit aber muß jeder einstehen, im Guten und im Schlimmen. Das Wort des Heraklit, *ἦθος ἀνθρώπῳ δαίμων*, enthält eine ewige Wahrheit — des Menschen Persönlichkeit ist sein Schicksal.

Das Reale oder die Idee, die sich in der Geschichte als Ringen um Freiheit, im Staatswesen als Krafterhöhung, im Wirtschaftsverkehr als Vermögen entfaltet, zeigt sich im Strafrecht als Bestrafung der schuldbeladenen Persönlichkeit.

Aber das Schicksal des Verbrechers ist verdient nur, wenn es seiner Schuld entspricht. An Stelle der äußerlichen Formulierung der Verbrechenstatbestände muß daher eine Fassung treten, die sich der Verschuldung des Täters anpaßt; an Stelle schablonenhafter Strafdrohungen heischt die Gerechtigkeit eine Bestrafung, die mit der Schuld im Einklang steht. Und solange der Verbrecher nicht als Unmensch sich erwiesen hat, sollte er auch im Strafvollzug menschlich behandelt werden: die Sozialethik ist ja in Staat und Gesellschaft herrschende Maxime.

München, im Februar 1907.

Der Verfasser.

Inhaltsübersicht.

Erstes Buch.
Die Strafschuld als Betätigung der Persönlichkeit.

Erstes Kapitel.
Das Problem der Strafschuld.

Seite

§ 1. Die Straftheorien. I. Die naturrechtlichen Gerechtigkeitstheorien (Kant, Hegel, Stahl, Herbart). Theorie des Schadensersatzes (Welcker, Hepp). Sühnetheorien 3

§ 2. Die Straftheorien. II. Die neuzeitlichen Gerechtigkeitstheorien. (Einfluß Hegel's: Lasson, Stammler, Jellinek, Entgeltungstheorie. Bewährungstheorie: Binding, Bierling, Beling. Ethische Theorien: v. Bar, A. Merkel-Liepmann, van Calker-Netter) 8

§ 3. Die Straftheorien. III. Die relativen Straftheorien. Die soziale Zwecktheorie. Vereinigungstheorien. Vergeltungstheorie mit Annäherung an die relativen Theorien. Reine Vergeltung aus der Idee der staatlichen Schutzordnung 15

§ 4. Sämtliche Straftheorien verfahren naturrechtlich in Problemstellung und -lösung 33

§ 5. Der Schulenstreit um die Willensfreiheit entspringt der naturrechtlichen Verknüpfung der Strafschuld mit dem Willen. Die soziologische Auffassung führt — auf das richtige Maß begrenzt — zur Vertiefung des Schuldbegriffs gegenüber der Vergeltungslehre . . . 36

Zweites Kapitel.
Die Persönlichkeit und ihr Verschulden.

§ 6. Die Persönlichkeit im Sinn des Strafrechts 43

§ 7. Die Persönlichkeit als Grundlage der Strafschuld. I. Rechtsphilosophische Darlegung 45

§ 8. Die Persönlichkeit als Grundlage der Strafschuld. II. Rechtshistorische Begründung 51

§ 9. Die Persönlichkeit als Grundlage der Strafschuld. III. Rechtsdogmatische Begründung 57

§ 10. Die Strafschuld als species der tragischen Schuld 60

§ 11. Die Sonderart der Strafschuld 62

Seite

Drittes Kapitel.
Die Zurechnung zur Schuld.

§ 12. Zurechenbarkeit der Schuld. Vorsatz und Fahrlässigkeit 64
§ 13. Geisteskrankheit. Geminderte Schuldfähigkeit. Trunkenheit und Trunksucht 73
§ 14. Kindheit und Jugend 80
§ 15. Notwehr. Notstand 85
§ 16. Strafrechtsirrtum. Erfolgshaftung 92
§ 17. Versuch 98
§ 18. Teilnahme 101
§ 19. Verjährung 106

Zweites Buch.
Das Verbrechen.

Viertes Kapitel.
Verbrechen und Kultur.

§ 20. Das Verbrechen als philosophischer und als Rechtsbegriff 111
§ 21. Kein delitto naturale. Das Verbrechen auf den verschiedenen Rechtskulturstufen. (Religiös-rechtliche Auffassung; anethische Struktur; sittlich-rechtliche Synthese.) 114
§ 22. Das Verbrechen als Rückfall in frühere Kultur. Die Pönalisierung als Kulturfaktor. Die Freiheitsidee im Strafrecht 123
§ 23. Die sozialethische Erweiterung und die soziologische Vertiefung des Verbrechensbegriffes in der Gegenwart 126
§ 24. Der Zweikampf als ehrenhaftes Verbrechen auf Grund Zusammentreffens zweier Rechtskulturanschauungen 128

Fünftes Kapitel.
Verbrechen und Schuld.

§ 25. Dreiteilung der Strafhandlungen gemäß der Schuld 130
§ 26. Das Polizeiunrecht. Gefährdungsdelikte 137
§ 27. Die verdeckten Präsumtionen 142
§ 28. Verbrechensmotive und Art der Motivation als Kennzeichen der Persönlichkeit. (Überlegung, Affekt.) Zur Psychologie der Massenverbrechen 146
§ 29. Echte Verbrecherqualität als Schulderhöhungsgrund. (Gewohnheits- und Gewerbsverbrecher. „Rückfällige". „Unverbesserliche".) 152
§ 30. Mildernde Umstände. Geminderte Schuld der Gelegenheitsverbrecher 158
§ 31. Schuldstufen des Diebstahls 159
§ 32. Die Strafschuld bei Bettel und Landstreicherei 162

Sechstes Kapitel.
Verbrechen und bürgerliche Freiheit.

§ 33. Freiheit des Gedankens und der Überzeugung. Freiheit gegenüber Willkür der Obrigkeit. (Nulla poena sine lege poenali.) 168
§ 34. Sexualfreiheit und ihre Grenzen. I. (Unzucht. Verführung. Ehebruch. Abortus.) 169
§ 35. Sexualfreiheit und ihre Grenzen. II. (Kuppelei. Zuhältertum. Verbreitung unzüchtiger Schriften etc. Infektion mit Geschlechtskrankheiten.) 175

Seite

§ 36. Sexualfreiheit und ihre Grenzen. III. (Sexualentartung.) 179
§ 37. Die prozessualen Freiheitsgarantien. I. (Reform des Vorverfahrens. Reform der Schwurgerichte.) 186
§ 38. Die prozessualen Freiheitsgarantien. II. (Strafzumessung. Strafminima. Unbestimmte Verurteilung.) 191

Drittes Buch.

Die Strafe.

Siebentes Kapitel.

Wesen und Entwicklung der Strafe.

§ 39. Wesen und Grundentwicklungszüge der Strafe 201
§ 40. Religiös-rechtliche Epoche: Opfertod und Friedlosigkeit als Grundformen staatlicher Strafe 206
§ 41. Anethische Strafgestaltung: Äußerliche Gleichsetzung von Schuld und Strafe (Talion). — Der Strafantrag als Rudiment der Talionsperiode 210
§ 42. Ethisierung der Strafe: Strafmilderung und Vorherrschaft der Freiheitsstrafe 215
§ 43. Die neuhumanistische Gegenwartsströmung 226

Achtes Kapitel.

Kulturreform der Bestrafung.

§ 44. Todesstrafe 229
§ 45. Kulturreform der Freiheitsstrafe 231
§ 46. Abstufung der Arten der Freiheitsstrafe nach der Schuld 239
§ 47. Deportation 243
§ 48. Die Geldstrafe und ihre Surrogate 250
§ 49. Prügelstrafe und Verweis gegenüber Jugendlichen 258
§ 50. Reform der Polizeiaufsicht. Fürsorge für Strafentlassene 259
§ 51. Bedingte Verurteilung. Gnade im Strafrecht 262
Autorenregister 270
Sachregister 275

Abkürzungen.

IKV. = Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung.
Z. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
ZRV. = Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft.

Erstes Buch.

Die Strafschuld als Betätigung der Persönlichkeit.

Erstes Kapitel.

Das Problem der Strafschuld.

§ 1. Die Straftheorien. I.

Die naturrechtlichen Gerechtigkeitstheorien (Kant, Hegel, Stahl, Herbart). Theorie des Schadensersatzes (Welcker, Hepp). Sühnetheorien.

I. 1. Nach Kant[1]) ist Strafgrund einzig das begangene Verbrechen.[2]) Die Strafe folgt nicht aus der Einwilligung des Verbrechers, wie die Vertragslehre des älteren Naturrechts deduziert hatte.[3]) Mit der Menschenwürde ist eine relative Straftheorie nicht vereinbar.[4])

Prinzip der strafenden Gerechtigkeit ist die Gleichheit, das Wiedervergeltungsrecht (ius talionis).[5]) Darum Todesstrafe bei Mord;[6]) daher auch Ausschluß der Begnadigung.[7])

---

[1]) Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1797 (Metaphysik der Sitten, I. Teil), S. 195—206. Vgl. dazu Berolzheimer, System, Bd. II, S. 204 f., 208; E. Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abteilung, 1. Halbband, München und Leipzig 1898, S. 506, und Notenband, S. 318.

[2]) Metaphysische Anfangsgründe, S. 196.

[3]) Metaphysische Anfangsgründe, S. 202: „Strafe erleidet jemand nicht, weil er sie, sondern weil er eine strafbare Handlung gewollt hat; denn es ist keine Strafe, wenn einem geschieht, was er will, und es ist unmöglich, gestraft werden zu wollen."

[4]) Metaphysische Anfangsgründe, S. 196: „ . . denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wowider ihn seine angeborne Persönlichkeit schützt, ob er gleich die bürgerliche einzubüßen gar wohl verurteilt werden kann."

[5]) Metaphysische Anfangsgründe, S. 197 f.

[6]) Metaphysische Anfangsgründe, S. 199.

[7]) Metaphysische Anfangsgründe, S. 206.

2. Hegel[8]) scheidet das Unrecht in unbefangenes (oder bürgerliches) Unrecht, Betrug und Verbrechen.[9])

Hegel tritt als erster der Groot'schen Auffassung der Strafe (als des Übels gegenüber dem Übel des Verbrechens) entgegen.[10]) Die Übelsqualität steht ganz im Hintergrund, vielmehr: „es handelt sich bestimmt um Unrecht und Gerechtigkeit."[11])

Das Verbrechen ist Verletzung des Rechts als Rechts und ist deshalb aufzuheben.[12]) „Die geschehene Verletzung des Rechts als Rechts ist zwar eine positive äußerliche Existenz, die aber in sich nichtig ist. Die Manifestation dieser ihrer Nichtigkeit ist die ebenso in die Existenz tretende Vernichtung jener Verletzung, — die Wirklichkeit des Rechts, als seine sich mit sich durch Aufhebung seiner Verletzung vermittelnde Notwendigkeit".[13])

Mit der Rechtsstrafe wird die Persönlichkeit des Verbrechers vom Recht anerkannt, die von den relativen Theorien negiert wird.[14]) Hierin geht Hegel mit Kant einig. Ein wesentlicher

---

[8]) Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1821, §§ 83, 90—104, S. 88 f., 91—104. Vgl. dazu Berolzheimer, System, Bd. II, S. 233—247.

[9]) Grundlinien § 83.

[10]) Grundlinien § 99, Zusatz: „Wenn das Verbrechen und dessen Aufhebung, als welche sich weiterhin als Strafe bestimmt, nur als ein Übel betrachtet wird, so kann man es freilich als unvernünftig ansehen, ein Übel bloß deswegen zu wollen, weil schon ein anderes Übel vorhanden ist (Klein, Grunds. des peinlichen Rechts § 9 f.). Dieser oberflächliche Charakter eines Übels wird in den verschiedenen Theorien über die Strafe der Verhütungs-, Abschreckungs-, Androhungs-, Besserungs- u. s. w. Theorie, als das erste vorausgesetzt, und was dagegen herauskommen soll, ist ebenso oberflächlich als ein Gutes bestimmt."

[11]) Grundlinien § 99, Zusatz.

[12]) ebenda.

[13]) Grundlinien § 97. Vgl. dazu Grundlinien § 99: „Die positive Existenz der Verletzung ist nur als der besondere Wille des Verbrechers. Die Verletzung dieses als eines daseienden Willens also ist das Aufheben des Verbrechens, das sonst gelten würde und ist die Wiederherstellung des Rechts." Siehe auch Grundlinien §§ 100—104. Grundlinien § 104: „So ist und gilt das Recht, gegen den bloß für sich seienden einzelnen Willen bewährt, als durch seine Notwendigkeit wirklich."

Man vergleiche dazu das deutsche Rechtssprichwort: „Unrecht ist unerträglich, darum zerstöret es sich selbst". Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter, Nördlingen 1864, S. 287, Ziff. 31.

[14]) Hegel, Grundlinien § 100, Zusatz: „. . . auch die formelle Vernünftigkeit, das Wollen des Einzelnen, liegt in der Handlung des Verbrechers. Daß die Strafe darin als sein eigenes Recht enthaltend, angesehen wird, darin wird der Verbrecher als Vernünftiges geehrt. — Diese Ehre wird ihm nicht zu Teil, wenn aus seiner Tat selbst nicht der Begriff und der Maßstab seiner Strafe genommen

Fortschritt gegenüber Kant ergibt sich jedoch bei Hegel und zwar durch die Verinnerlichung der Gleichheit zwischen Verbrechen und Strafe. Die Aufhebung des Verbrechens ist nur „insofern Wiedervergeltung, als sie dem Begriffe nach Verletzung der Verletzung ist und dem Dasein nach das Verbrechen einen bestimmten, qualitativen und quantitativen Umfang, hiermit auch dessen Negation als Dasein einen ebensolchen hat. Diese auf dem Begriffe beruhende Identität ist aber nicht die Gleichheit in der spezifischen, sondern der an sich seienden Beschaffenheit der Verletzung, — nach dem Werte derselben." [15])

3. Stahl [16]) erblickt in der Gerechtigkeit die Idee der sittlichen Welt als solcher, d. h. die Idee, auf der ihr Bestand und ihre Erhaltung beruhen. Die Gerechtigkeit äußert sich als schützende Macht und als vergeltende Macht, diese als Lohn und Strafe.[17]) Durch die weltliche („bürgerliche") Gerechtigkeit wird das Gesetz und Ansehen des Staates aufrechterhalten.[18]) Die Gerechtigkeit wurzelt „in der höchsten Persönlichkeit, die ihren eignen heiligen Willen unwandelbar will und nichtsdestoweniger den anderen Willen unter ihr Freiheit und Recht im vollsten Maße gewährt".[19])

Gestraft wird um der Gerechtigkeit willen.[20]) Die Sühne gehört nicht dem Recht an, sondern dem Ethos.[21]) „Die vergeltende Gerechtigkeit ist ihrem Gedanken nach die Herstellung des Reiches, d. i. der Herrlichkeit der sittlichen Macht (Gottes oder bezw. des Staates) durch die Vernichtung oder das Leiden dessen, der sich wider sie empört hat." [22])

Die Lehre Stahl's bedeutet durch die Vermengung von Recht

---

wird; — ebensowenig auch, wenn er nur als schädliches Tier betrachtet wird, das unschädlich zu machen sei, oder in den Zwecken der Abschreckung und Besserung."

Siehe auch Binding, Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft, in Grünhut's Zeitschrift, Bd. IV, 1877, S. 421.

[15]) Grundlinien § 101. Siehe auch Zusatz zu § 101: „Die innere Identität ist es, die am äußerlichen Dasein sich für den Verstand als Gleichheit reflektiert."

[16]) Die Philosophie des Rechts, II. Bd., 1. Abteil., 3. Aufl., Heidelberg 1854, S. 160—190. Vgl. dazu Berolzheimer, System Bd. II, S. 252.

[17]) a. a. O. S. 160 f.

[18]) a. a. O. S. 161.

[19]) a. a. O. S. 162.

[20]) a. a. O. S. 167.

[21]) a. a. O. S. 175—190.

[22]) a. a. O. S. 165; S. 166: „. . die Gerechtigkeit . . besteht nicht darin, daß kein Übel in die Welt komme, sondern darin, daß die Herrschaft der sittlichen Macht im sittlichen Reiche unverbrüchlich erhalten werde." (Theologisierte Lehre Hegel's!).

und religiöser Anschauung einen Rückschlag der Rechtsphilosophie in die theokratische Periode.

4. Nach Herbart[23]) ist die Strafe ästhetische Notwendigkeit.[24]) „Der Streit mißfällt." Aus diesem Urteil entsteht die Idee des Rechts, indem sie aus der rechtlichen Mißbilligung hervorwächst. Das Mißfallen an unvergoltenen Taten wirkt Strafe gegen den Verbrecher.[25])

A. Geyer steht völlig auf dem Boden Herbart's. Die Idee der Billigkeit ergibt nach Geyer das Quantum der Vergeltung, nicht auch das Quale. Die Talion ist zu verwerfen. Die Vergeltung ist das Prinzip der Strafe, die Strafzwecke hingegen werden bestimmt durch die Ideen des Rechts, des Wohlwollens, der Vollkommenheit.[26])

In Wahrheit ist aber das Recht nicht aus ethisch-ästhetischem Mißfallen am Streit erwachsen, sondern aus Festlegung und Begrenzung von subjektiven Rechten. Auch sind Streit und rechtlich Mißbilligtes keineswegs kongruent. Endlich macht Herbart nicht ersichtlich, weshalb das ästhetisch-ethische Bedürfnis unter den möglichen Rechtsreaktionen gerade die Kriminalstrafe gegenüber dem Verbrechen heischen soll!

II. Verkannt wird das Wesen der Strafe von der Schadensersatztheorie.[27]) Ersatz des ideellen Schadens ist regelmäßig eine der Funktionen der Strafe, aber nicht ihr Kern. Strafe und Schadensersatz können gleichzeitig nebeneinander hergehen; schon daraus ergibt sich ihre gegenseitige Selbständigkeit. Legislativpolitisch tendiert der Schadensersatz auf Restitution des Geschädigten, die Strafe auf Einwirkung gegenüber dem Ver-

---

[23]) Über Leibniz als Vorläufer von Herbart's Auffassung der Strafe als einer Art ästhetischer Notwendigkeit vgl. Laas, Vergeltung und Zurechnung, in Avenarius' Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie, Bd. V, 1881, S. 302 f.; L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts, Abt. II, Erlangen 1891, S. 125—127 und die Literaturangaben daselbst.

[24]) Allgemeine Praktische Philosophie, WW. ed. Hartenstein, Bd. 8, Leipzig 1851, S. 45—53, 78—90; Analytische Beleuchtung des Naturrechts und der Moral, WW. Bd. 8, S. 315—320. Vgl. dazu Berolzheimer, System, Bd. II, S. 263—266.

[25]) Allgemeine Praktische Philosophie, WW. Bd. 8, S. 82—90; Analytische Beleuchtung des Naturrechts, ebenda S. 315—320; Aphorismen zur praktischen Philosophie, WW. Bd. 9, S. 415.

[26]) Die Lehre von der Notwehr, Jena 1857, S. 9—13; Geschichte und System der Rechtsphilosophie in Grundzügen, Innsbruck 1863, S. 127—131.

[27]) Vgl. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I, 2. Aufl., Leipzig 1890, S. 284—290; Thon, Rechtsnormen und subjektives Recht, Weimar 1878, S. 61; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 134 f.

brecher, Minderung seiner Rechtsposition: der Schadensersatz gewährt Rechtsgüter, die Strafe entzieht Rechtsgüter.

Vertreter der Schadensersatztheorie waren insbesondere Welcker[28]) und Hepp;[29]) neuerdings versucht Herold[30]) die Verknüpfung der Welcker'schen Schadensersatztheorie mit der Zweckstrafe.[31])

III. 1. Die Sühnetheorien[32]) entstammen einer Auffassung der Strafe, die der religiösen Fundierung des Rechts zugehört. Die Sühne fällt aber in das sittliche Gebiet, nicht in die Rechtssphäre. Die Anhänger der Sühnetheorien fassen daher mehr das sündhafte Moment des Verbrechens, als das strafrechtliche ins Auge.[33])

Bedeutsam an den Sühnetheorien ist vornehmlich, dass sie sich von der Vorstellung der Übelsnatur der Strafe emanzipieren.[34])

2. Als namhafter Vertreter der Sühnetheorie kommt in der Neuzeit J. Kohler in Betracht.[35]) Die sühnende, reinigende Kraft des

---

[28]) Die letzten Gründe von Staat, Recht und Strafe, Gießen 1813, S. 249 bis 275.

[29]) Darstellung und Beurteilung der deutschen Strafrechtssysteme, 2. Aufl., Abteilung II, Heft 2, Heidelberg 1845, S. 770—852 (Deduktion der Theorie der bürgerlichen Gerechtigkeit).

[30]) Bemerkungen über das Rechtsprinzip der Zweckstrafe, Z. XII, S. 573 ff.

[31]) Der Theorie des Schadensersatzes schließt sich (mit historischer Ableitung) überwiegend an: Nietzsche, Zur Genealogie der Moral, in der 4. Aufl., WW. I. Abt., Bd. VII, Leipzig 1896/5, S. 350 ff.

[32]) Binding, Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft, in Grünhut's Zeitschrift, Bd. IV, 1877, S. 422, gebraucht die Bezeichnung Heilungstheorien. Siehe auch Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, Leipzig 1877, S. 30 f., und Binding, Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Leipzig 1902, S. 168—171 (S. 168: „Die Heilungstheorie unterscheidet sich von der Besserungstheorie dadurch, daß diese den Verbrecher, jene das Verbrechen durch die Strafe heilen will.")

[33]) So neuestens Wilde, De profundis, Aufzeichnungen und Briefe aus dem Zuchthaus in Reading, herausgegeben und eingeleitet von Max Meyerfeld, Berlin 1905, p. 70: „ . . . der Sünder muß natürlich bereuen. Aber warum? Einfach aus dem Grunde, weil er sonst nicht imstande wäre, das, was er getan hat, zu erfassen. Der Moment der Reue ist der Moment der Weihe. Ja, noch mehr: ist das Mittel, durch das man seine Vergangenheit ändert. Die Griechen hielten das für unmöglich . . . Christus bewies, daß der gemeinste Sünder dazu in der Lage sei; daß es das Einzige sei, was er tun könne. . . ."

[34]) „Die Strafe ist dann dem Schadensersatz gleichartig, und nicht nur kein Übel, sondern Erlösung von einem solchen." Binding, Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft, in Grünhut's Zeitschrift, Bd. IV, S. 421 f.

[35]) Kohler, Das Wesen der Strafe, Würzburg 1888, S. 3: „. . . unsere Anschauung, welche die Zwecke der Menschheit als Lebensbedingungen der in der Mensch-

Schmerzes ist nach Kohler der Wesensinhalt der Strafe.[36]) Hierbei erweist sich Kohler zugleich abhängig von Hegel, indem er die Sühne als „die Wiederherstellung des durch die Schuld herbeigeführten Unheils" bezeichnet, eines Unheils, das in der Beugung der sozialen Ordnung besteht.[37])

Wundt[38]) kumuliert den Sühnegedanken mit den Strafzwecken der Züchtigung und erzieherischen Einwirkung.

§ 2. Die Straftheorien. II.

Die neuzeitlichen Gerechtigkeitstheorien. (Einfluß Hegels: Lasson, Stammler, Jellinek, Entgeltungstheorie. — Bewährungstheorie: Binding, Bierling, Beling. — Ethische Theorien: v. Bar, A. Merkel-Liepmann, van Calker-Netter.)

[1])I. Emanzipiert vom Naturrecht, stehen gleichwohl in unmittelbarer Abhängigkeit von Hegel die Lehren Lasson's und Stammler's, die straftheoretische Anschauung Jellinek's, sowie die in meiner Entgeltung im Strafrechte gegebenen Darlegungen.

1. Lasson ist Hegelianer schlechthin. „Das Wesen der Strafe ist, daß am verbrecherischen Willen seine Nichtigkeit aufgezeigt

---

heit waltenden Vernünftigkeit erkennt, bietet die höhere Synthese zwischen der Philosophie und den Resultaten der Universalrechtsgeschichte." S. 10: „So ist die schmerzliche Sühne eine Reinigung, eine Katharsis, welche nicht nur das einzelne Glied trifft, sondern in ihrem heilbringenden Einfluß den ganzen Organismus rettet. In der hier gegebenen Deutung der Strafe laufen alle seitherigen Deutungen, wie in einem Brennpunkt, zusammen: alle, die absoluten wie die relativen Theorien haben ihre Wahrheit, aber sie haben nicht die volle Wahrheit, sie sind Ausflüsse der richtigen Idee, nicht diese selber."

[36]) Vgl. Kohler, Das Wesen der Strafe, S. 6—14, 18; Kohler, in v. Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. I, Berlin 1902/04, S. 58. In der Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Leipzig 1905, S. 149, kumuliert Kohler jedoch die Sühneidee mit der General- und Spezialprävention.

[37]) Kohler, in v. Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie, Bd. I, S. 58.

[38]) Siehe unten § 3, Ziff. III, 5.

[1]) Wie aus dem Folgenden ersichtlich, sind die Gerechtigkeitstheorien keineswegs verschwunden. Unzutreffend ist daher die Angabe bei v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., Berlin 1905, S. 83: „Der Streit der Strafrechtstheorien dreht sich heute in Wirklichkeit um das Verhältnis zwischen Generalprävention und Spezialprävention. An die Stelle des Streites zwischen den ‚absoluten' und den ‚relativen' Theorien ist also der Streit innerhalb der relativen Theorien getreten." S. 84: „Der Vergeltungsgedanke ist von seinen modernen Vertretern zur Generalprävention abgeschwächt worden."

und die Majestät der Rechtsordnung aus dem gegen sie gerichteten Versuche der Trübung wieder hergestellt wird. Alle Tätigkeit zu dieser Wiederherstellung des Rechts aus dem Unrechte steht unter dem Gesichtspunkte der Gerechtigkeit." Dies bezieht sich nach Lasson nur auf die „eigentliche Strafe, ... die den spezifischen Charakter der Rechtsstrafe an sich trägt." Die eigentliche Strafe richtet sich lediglich „gegen den Willen, der mit Vorsatz sich gegen die fundamentalen Bestimmungen des Rechtes auflehnt". Die fahrlässige Rechtswidrigkeit erfährt nur Repression und Züchtigung.[2])

2. Auch der Neukantianer Stammler steht in der Strafrechtsphilosophie im wesentlichen auf dem Standpunkte Hegel's.

Nach Stammler ist die Strafe „die Berichtigung des Rechtsbruches". Nicht Vergeltung, sondern Wiederherstellung der rechtlichen Ordnung erfolgt durch die Strafe.[3])

3. Jellinek scheidet den normwidrigen äußeren Zustand von den psychologischen Folgen des Unrechts. Jener ist reparabel, diese sind nur reprimibel. „Repression der psychischen Unrechtswirkungen ist Strafe." „Sittlichkeit und Recht haben den Zweck, eine Ordnung der sozialen Molekule herbeizuführen und zu erhalten.. Alle Ordnung beruht .. auf .. dem durch das Ganze bedingten Gleichgewichte der einzelnen Teile. Unsittlichkeit und Unrecht sind daher die durch die Glieder der Gesamtordnung selbst veranlaßten Störungen dieses Gleichgewichtes: die auf Abhaltung und Ausgleichung solcher Störungen gerichtete bewußte Tätigkeit intelligenter Wesen ist die Gerechtigkeit."[4])

4. In meiner Entgeltung im Strafrechte habe ich im wesentlichen dargelegt: Zutreffend ist der Grundgedanke der absoluten Straftheorien, Strafe erfolge quia peccatum est.[5]) Die Strafschuld ist unabhängig vom deterministischen Probleme.[6]) Objekt der Bestrafung ist nicht die Tat als solche, sondern der Mensch, aber nicht (wie die soziologische Zweckstrafe lehrt) der sozialgefährliche, sondern der schlechte Mensch kraft seines Verschuldens.[7])

Die Strafe ist nach ihrem Wesen nicht Übel, sondern dauernde

---

[2]) Lasson, System der Rechtsphilosophie, Berlin und Leipzig 1882, S. 518 f., 532.

[3]) Die Lehre von dem richtigen Rechte, Berlin 1902, S. 139, 303 f.

[4]) Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, Wien 1878, S. 116, 120, 130.

[5]) Die Entgeltung im Strafrechte, München 1903, S. 136—145.

[6]) Entgeltung S. 100—109, 157. Vgl. auch meine Rechtsphilosophischen Studien, München 1903, S. 10—14.

[7]) Entgeltung S. 1—39, 142, 157 f.

Ausschließung bei Kapitalschuld, Einbuße von Rechtsgütern oder zeitweilige Ausschließung (bezüglich der Freiheitsstrafe: Ausschließung durch Einschließung) bei minderer Schuld.[8]) Die Strafe ist nicht Äquivalent des Verbrechens durch Übelserleidung (Vergeltungstheorie), sondern Äquivalent zur Beseitigung des durch das Verbrechen geschaffenen Zustandes und zwar wesentlich durch Einbuße an Rechtsgütern (Entgeltungstheorie).[9])

II. 1. Binding,[10]) der die von ihm aufgestellte Normentheorie mit bewundernswerter konstruktiver Gabe ausgebaut hat, scheidet das (subjektive) Recht des Staates, Strafe zu verhängen — das Strafrecht im subjektiven Sinne — von der staatlichen Strafpflicht. Bezüglich der Begründung des subjektiven Strafrechts steht Binding auf dem Boden der Gerechtigkeitslehre. Binding sondert aus der Gesamtheit der Unrechtshandlungen jene, die sich als Auflehnung des Einzelwillens gegen den

---

[8]) Entgeltung S. 16—39, 130—133, 449—454; Rechtsphilosophische Studien, S. 86—92.

[9]) Entgeltung S. 32—36, 153; Rechtsphilosophische Studien, S. 92—94.

[10]) Die Normen und ihre Übertretung, I. Bd., 2. Aufl., Leipzig 1890; II. Bd., Leipzig 1877; Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft, in Grünhut's Zeitschrift für das Pr. und ö. Recht der Gegenwart, Bd. IV, 1877, S. 417—437; Handbuch des Strafrechts, I. Bd. (Binding, Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft Bd. VII, 1, 1), Leipzig 1885, S. 155—222, insbesondere S. 183—196, ferner S. 477—485, 498 f.; Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allg. Teil, 6. Aufl., Leipzig 1902, S. 79 f., 184—192.

Zur Normentheorie vgl.: A. Merkel, Über Binding's Handbuch des Strafrechts, Bd. I (Z. VI, S. 512 ff.); A. Merkel, Hinterlassene Fragmente und Ges. Abh. II, 2, herausg. von Rud. Merkel, Straßburg 1899, S. 509—534; daselbst auch S. 679—686 (Besprechung der 2. Aufl.); v. Liszt, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Binding'schen Handbuche, Z. VI, S. 670—672; Hugo Heinemann, Die Binding'sche Schuldlehre, ein Beitrag zu ihrer Widerlegung (Abh. des krim. Sem. zu Marburg I, 4), Freiburg i. B., 1889; A. v. Weinrich, Strafrecht und Kriminalpolitik, ein Beitrag zur Kritik der Normentheorie und der neuesten Reformbestrebungen, Z. XVII, S. 779—880; Basedow, Die strafrechtliche Verschuldung, Diss., Hamburg 1898, S. 59 ff.; M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen (Beling's strafrechtliche Abhandlungen, Heft 50), Breslau 1903; Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, I. Teil, Berlin 1903; A. Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, Bd. I, Jena 1903, Bd. II, 1. Abt., 1905; Höpfner, Zur Tragweite der Normenlehre, Z. XXIII, S. 643—659; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 126—129, 159—168; System, Bd. II, S. 397—399; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, Berlin 1904, S. 96—109; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, III. Bd., Tübingen 1905; L. v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. I, Berlin 1906, S. 4—8, 26—28; Beling, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906, S. 115—143; R. Krug, Zum Normbegriff, eine zivilr. Studie, Marburg 1906.

Gesamtwillen, als Rechtsbruch, darstellen.[11]) Diese Unrechtsart ist nach Binding Delikt. „Das Delikt verwandelt also das Recht des Staates auf Gehorsam in ein Recht des Staates auf Strafe wegen Ungehorsams. Das Delikt und nur es ist die Quelle des Strafrechts."[12]) Das Delikt erzeugt das subjektive Recht des Staates auf Strafe, aber nicht notwendig die staatliche Strafpflicht. Diese besteht nur, wenn Nichtbestrafung das größere Übel wäre.[13]) Die Strafe ist das staatliche Recht auf Geltungsbewährung der Rechtsnormen.[14])

2. Bierling[15]) ersieht im Unrecht, oder dem schuldhaft rechtswidrigen Verhalten von Menschen zu Menschen, den einzigen Grund, in der Überwindung des Unrechts den obersten Zweck der

[11]) Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft, in Grünhut's Zeitschrift, Bd. IV, S. 423; Die Normen, Bd. I, S. 172 f., 181 f., Bd. II, S. 102 f., 463 f. und sonst.

[12]) Das Problem der Strafe, S. 428; Handbuch des Strafrechts, Bd. I, S. 183 bis 192, 477—485, 498 f. Treffend scheidet Binding das subj. materielle Strafrecht und das subj. prozessuale Strafklagerecht des Staates. (Siehe auch die analoge Scheidung zwischen Strafanspruch und Strafverfolgung bei R. Loening, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, Frankfurt a. M. 1885, S. 68—79 und sonst.)

Binding, Grundriß, 6. Aufl., S. 185: „Das Recht zur Strafe ist nichts als ein verwandeltes Recht auf Botmäßigkeit oder Gehorsam gegen den Delinquenten." S. 186: „Das Strafrecht des Staates gegen den Delinquenten entsteht unmittelbar aus dessen Unbotmäßigkeit. . ." S. 187: „Das Strafrecht ist Recht auf Genugtuung für das Delikt." Vgl. auch Grundriß, S. 187 f.

[13]) Das Problem der Strafe, S. 429. Die Normen, Bd. I, S. 19—21. (Vgl. auch die dialektische Sonderung des subj. Strafrechts von der Strafexekution oder Strafpflicht bei Laistner, Das Recht in der Strafe, München 1872, S. 196 f.)

Binding, Das Problem der Strafe, S. 430: „Da der Staat nur dann ein Übel auf sich nehmen darf, wenn er dadurch ein größeres von sich abwendet, so kann er sich zur Strafe nur dann für verpflichtet erachten, wenn das Übel der Nichtbestrafung für ihn noch größer wäre als das der Bestrafung." Ebenso Grundriß, S. 189.

Mit Rücksicht hierauf zählt man Binding's Lehre meist den Vereinigungstheorien zu. Vgl. Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Bd. I, Berlin 1904, S. 25—27. Siehe hierzu Binding selbst, Grundriß, 6. Aufl., S. 192.

[14]) Das Problem der Strafe, S. 431: „Die Strafe ist also das geltend gemachte Recht auf Befolgung der staatlichen Normen behufs notwendiger Bewährung der Autorität der verletzten Gesetze. Gegenüber dem Verbrecher rechtfertigt sie sich lediglich durch dessen Tat: weil er das Recht mißachtet hat, empfindet er dessen Macht am eigenen Leibe, und diese Macht kann ihm nur dadurch bewiesen werden, daß dasselbe Recht, welches ihn mit Gütern ausstattet und in deren Besitz schützt, ihn nun dieser Güter und des ihnen gewährten Schutzes entkleidet."

Vgl. auch Die Normen, Bd. I, S. 423—426, 500; Grundriß, S. 190.

[15]) Juristische Prinzipienlehre, III. Bd., Tübingen 1905, S. 346—394.

Rechtsbewährung im engeren Sinne (Synthese von Hegel und Binding).

Die Tendenz der Geltungsbewährung ist das Kennzeichen des Rechts überhaupt. Die Rechtsbewährung erfolgt durch Präventiv- und Repressivmaßregeln. Die Repressivmaßregeln bezielen die Rechtsbewährung gegenüber begangenem Unrecht; sie sind Erfüllungs-, Ersatz- und Satisfaktionszwang, insbesondere Strafe. Die Strafe ist der von der obrigkeitlichen Gewalt geübte Satisfaktionszwang zur Befriedigung des Satisfaktionsbedürfnisses des durch das Unrecht Verletzten. (Annäherung an die Schadensersatztheorie!)

3. Nach Beling[16]) ist die Strafe objektivierte Rache, feinere Form der Rache. Die Strafe fällt nach uralter Anschauung zusammen mit dem Lohn unter den gemeinsamen Gattungsbegriff der Vergeltung. Mit der Vergeltung steht und fällt daher der Strafbegriff. „Ohne Vergeltung keine Strafe." Die Vergeltung ist Vergeltung im Rechtssinne, daher kann sie nur eine rechtliche sein, muß im Einklang mit der Idee der Rechtsordnung stehen, gemäß der von Kant begründeten Straftheorie. Kant geht nach Beling nur insofern zu weit, als er die Vergeltung allen Unrechtes heischt.[17])

Die Rechtsordnung hat die Zweckbestimmung, sich zu bewähren. Der Rechtsbewährung dient die Strafe. „Denn die Rechtsgebote und -Verbote wollen mit Autorität auftreten." [18])

Auch das Mass der Strafe soll durch die Gerechtigkeit bestimmt sein; nicht durch äußere Zwecke. Die Strafe muß genau so hoch sein, als es die vergeltende Gerechtigkeit erfordert.[19])

III. 1. v. Bar hat die Straftheorie der sittlichen Mißbilligung begründet.[20])

Hiernach ist die Strafe sittliche („oder wenn man den Ausdruck vorzieht, .. soziale") Mißbilligung der Tat durch die Gesellschaft. Es gibt nach v. Bar keine Strafzufügung ohne begleitende Mißbilligung. Das Strafrecht ist Zwangsmoral. Die Gerechtigkeit

---

[16]) Grundzüge des Strafrechts, 3. Aufl., Tübingen 1905, S. 7 f., 21; Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906, insbesondere S. 115—143.

[17]) Beling, Grundzüge, S. 7.

[18]) Grundzüge, S. 7 f.

[19]) Grundzüge, S. 8. Durchaus treffend hebt Beling daselbst hervor, daß die relativen und die Vereinigungstheorien an Stelle der Strafe etwas anderes, nämlich Verbrechensprophylaxe setzen.

[20]) v. Bar, Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. I, Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, Berlin 1882, S. 311—361, insbesondere S. 316, 323, 326, 327; Probleme des Strafrechts, Festrede, Göttingen 1896, S. 12—22.

der Strafe ergibt sich daraus, daß die Notwendigkeit der Mißbilligung eines Verbrechens aus dem allgemeinen Volksbewußtsein unmittelbar entspringt. Die Strafjustiz hat Gerechtigkeit zu üben, nicht absolute, die Menschenmaß übersteigen würde, wohl aber relative, d. h. Gerechtigkeit, gemessen nach dem Gesetze und dem Rechtsbewußtsein des Volkes.[21])

2. A. Merkel[22]) begründet die Vergeltung von deterministischem Standpunkte aus. Im Bewußtsein eigener Kausalität und in den überlieferten ethischen Wertvorstellungen, die durch den Determinismus nicht ausgelöscht werden, ruhen die Grundlagen des individuellen Verantwortlichkeitsgefühls. Hieraus erwächst die Vergeltung. Vergeltungsidee und Zweckgedanke schließen sich indes gegenseitig nicht aus.[23])[24])

Vergeltung ist nach Merkel „eine Gegenwirkung gegen Übel-

---

[21]) Probleme des Strafrechts, S. 12—22. Handbuch, Bd. I, S. 326. Daselbst wird als Zweck der Strafrechtspflege bezeichnet: „Es sollen gewisse Grundsätze der Sittlichkeit als unverbrüchliche vom Gemeinwesen dadurch öffentlich und allgemeinbemerklich bezeichnet werden, daß Handlungen, welche diesen Grundsätzen zuwiderlaufen, mit einem eindringlichen Zeichen der öffentlichen Mißbilligung versehen werden, einem Zeichen, welches, da Tat und Täter nicht voneinander getrennt gedacht werden können, notwendigerweise auch den Täter trifft. Und dies ist eine einfache Konsequenz davon, daß das Gemeinwesen sich selbst praktisch zu den Grundsätzen der Sittlichkeit bekennen muß."

[22]) Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889, S. 9—29, 72—78, 187. Hinterlassene Fragmente und Ges. Abhandlungen, II. Teil, 1. und 2. Hälfte, Ges. Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, herausg. von Rudolf Merkel, Straßburg 1899, insbesondere Über vergeltende Gerechtigkeit, H. F. und Ges. Abh. II, 1, S. 1—14; Elemente der Allgemeinen Rechtslehre (aus v. Holtzendorff's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., 1889, S. 5—44), H. F. und Ges. Abh. II, 2, S. 577—647; Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht, H. F. und Ges. Abh. II, 2, S. 687—723.

Vgl. dazu: Liepmann, Die Bedeutung Adolf Merkel's für Strafrecht und Rechtsphilosophie, Z. XVII, S. 638—711; Binding, Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allgem. Teil, 6. Aufl., Leipzig 1902, S. 181, 183 f.; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 97—99, 101 und sonst; System, Bd. II, S. 462—466; Kohlrausch, Über deskriptive und normative Elemente im Vergeltungsbegriff des Strafrechts, in der Königsberger Festgabe für Kant, Halle a/S. 1904, S. 267—284.

[23]) Lehrbuch S. 72—78; Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht, Ges. Abh. II, 2, S. 687—723, 692, 710, 716—720.

[24]) Wie denn auch Merkel bezüglich der Ausgestaltung der Strafe an dem Vergeltungsgedanken nicht rein festhält. Treffend Kohlrausch, Über deskriptive und normative Elemente im Vergeltungsbegriff des Strafrechts, S. 283 f. Zu weit geht man jedoch m. E., wenn man mit Binding, Grundriß, 6. Aufl., S. 181, Merkel's Lehre den Vereinigungstheorien zuzählt.

taten oder Wohltaten, welche, gegen die Urheber dieser Taten gerichtet, die Ausgleichung eines durch sie erzeugten Mißverhältnisses zwischen den aktiv und passiv bei ihnen beteiligten Personen bezweckt." [25])

Das Rechtspostulat der vergeltenden Gerechtigkeit wurzelt in dem ethischen Genugtuungsgefühle.[26]) Eine weitere theoretische Ableitung der ethischen und Gerechtigkeitsgefühle der Menschen ist nicht möglich.[27])

3. Liepmann[28]) hat die von A. Merkel vertretene Auffassung weiter ausgebaut und ist hierbei mitbeeinflußt durch v. Bar's Straftheorie. Liepmann ersieht, wie Merkel, in der Strafe Vergeltung, übernimmt den Vergeltungsbegriff Merkel's und weist eingehend die Verträglichkeit der Vergeltungsstrafe mit dem Determinismus nach.[29])

In Verwandtschaft mit Merkel-Liepmann fordert Lipps die Strafe zur Befriedigung des „quälenden" (ethischen) Gefühls, das beim Dritten besteht, solange die Strafe über den Verbrecher nicht verhängt ist. Die Strafe negiert nach Lipps das Unrecht, weil es Unrecht ist (Einfluß Hegels!).[30])

4. van Calker[31]) betrachtet die Idee der Vollkommenheit als rechtsphilosophische Grundlage. Diese ethische Idee wird nach van Calker auch für das Strafrecht wirksam.[32])

Das Prinzip jeder Vervollkommnung in der Natur soll dem Staat für die gerechte Vergeltung zum Vorbild dienen, — das Gesetz,

[25]) Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 187.

[26]) Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 9—29; Über vergeltende Gerechtigkeit, S. 2, 3, 6.

[27]) Elemente der Allgemeinen Rechtslehre, § 14. Nur insoweit hat Kohlrausch recht, wenn er sagt, das Urteil Merkel's über die Vergeltungsnatur der Strafe sei „ein rein historisch konstatierendes". Kohlrausch a. a. O. S. 271, 281.

[28]) Einleitung in das Strafrecht, eine Kritik der kriminalistischen Grundbegriffe, Berlin 1900, S. 196—212; Die ethischen Grundlagen des Schuldbegriffs, Z. XIV, S. 446—504; Die Bedeutung Adolf Merkel's für Strafrecht und Rechtsphilosophie, Z. XVII, S. 638—711.

[29]) Einleitung in das Strafrecht, S. 196 ff.; S. 196 f.: „Der Vergeltungscharakter der Strafe".

[30]) Der Begriff der Strafe, Vortrag, in der Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. III, Heft 5/6, 1906, S. 279—309; 283, 291, 303.

[31]) Strafrecht und Ethik, Leipzig 1897, S. 12—16, 16—22; Politik als Wissenschaft, Festrede vom 27. Januar 1898, Straßburg 1898, S. 16—21, 37; Ethische Werte im Strafrecht, Berlin 1904.

[32]) Strafrecht und Ethik, S. 12—22; Politik als Wissenschaft, S. 19, 32 f., 35 f.; Ethische Werte im Strafrecht, S. 12 ff., 23, 35 f., 42. (Annäherung der strafrechtlichen Beurteilung an die ethische Bewertung, aber nicht Ersatz jener durch diese.)

das da lautet: „Jedem Lebewesen ist beschieden, die Vorteile zu genießen und die Nachteile zu erdulden, die sich unter vorhandenen Verhältnissen aus seiner konkreten Eigenart ergeben.[33])

5. Im Anschlusse an van Calker hat Netter[34]) die Strafrechtstheorie der Vervollkommnung dargestellt.

Die von v. Bar, Merkel, Liepmann und van Calker gegebenen strafrechtsphilosophischen Lehren sind ganz besonders bedeutsam, weil sie sämtlich das Moment der **Persönlichkeit**, das für die Strafschuld ausschlaggebend ist, herausgefunden und in den Vordergrund gestellt haben. Ihr gemeinsamer Fehler ruht darin, daß sie die sittliche Schuld und die Strafschuld nicht mit genügender Bestimmtheit trennen und daß sie nicht den historischen Entwicklungsgang bezüglich der Idee der Strafschuld aufzeigen.

§ 3. Die Straftheorien. III.

Die relativen Straftheorien. Die soziale Zwecktheorie. Vereinigungstheorien. Vergeltungstheorie mit Annäherung an die relativen Theorien. Reine Vergeltung aus der Idee der staatlichen Schutzordnung.

I. 1. Die relativen Straftheorien sind insgesamt unvollkommene empirische Projektionstheorien. Man beobachtet eine Wirkung, die der Strafe zwar nicht notwendig anhaftet, aber ihr häufig zukommt, und projiziert diese Wirkung in die Absicht des Gesetzgebers. Zugleich ist die hier geübte Empirie unvollkommen oder einseitig, soferne aus der Gesamtheit der Wirkungen der Strafe immer nur die eine oder andere herausgegriffen wird.

Die Bedeutung der relativen Straftheorien für die Gegenwart ruht darin, daß sie infolge der Neubelebung des Sozialutilitarismus in der herrschenden Zwecktheorie wiederkehren.

2. Die Abschreckungstheorie[1]) ist in verschiedenen Formen und Ausgestaltungen begründet worden. Ihre Bedeutsamkeit ist um deswillen eine nicht unerhebliche, weil sie in der herrschenden vulgären Volks- und Juristenanschauung im Vordergrund steht, neben der Besserungstheorie oder in Verbindung mit dieser nahezu herrscht.

---

[33]) Strafrecht und Ethik, S. 22.

[34]) Das Prinzip der Vervollkommnung als Grundlage der Strafrechtsreform, Berlin 1900, Straßburger Diss. (unter Einwirkung van Calker's), insbesondere S. 346 ff., 355 f.

[1]) Über die Abschreckungstheorie vgl.: Hepp, Darstellung und Beurteilung der deutschen Strafrechtssysteme, 2. Aufl., Abt. II, Heft 1, Heidelberg 1844, S. 73—480.

Gegen die Abschreckungstheorie hat man eingewendet, die Erfahrung erweise sie als unbegründet. Denn gerade in jenen Zeiten und Ländern, in denen der Diebstahl mit dem Strange bestraft wurde, sei am meisten gestohlen worden. Dieser Einwand ist nicht treffend. Die Tendenz der Strafe, abschreckend zu wirken, wird nicht dadurch beseitigt, daß sie nicht immer wirksam wird. Das Morphium ist verheerendes Gift, und gleichwohl gibt es Morphinisten.

Zudem werden in der Tat viele im Hinblick auf die Pön abgehalten, eine Handlung zu begehen, die sie bei bloß sozialer Bemakelung unbedenklich vornehmen würden, — vorausgesetzt, daß der Anreiz zur Handlungsbegehung oder die Wahrscheinlichkeit, unentdeckt zu bleiben, nicht allzugroß ist. Die Pönalisierung des Wuchers hat den Kreis der Wucherer zweifellos eingedämmt; das unlautere Wettbewerbsgesetz hat die concurrence déloyale gemindert. Hier wie dort werden die beanstandeten Handlungen von Leuten unterlassen, die der bloß sozialen Bemakelung nicht aus dem Weg gehen würden. Hätten die D-Zug- und Expreßzugpassagiere eine ernstliche Zollkontrolle und kriminelle Bestrafung wegen der geschmuggelten Einkäufe oder Zigaretten zu gewärtigen, würde die Kapitalrentensteuerdefraudation als echter Betrug verfolgt und bestraft, so würde der Kreis der Delinquenten hier erheblich abnehmen. In wie vielen ehelichen und außerehelichen Geschlechtsverbindungen wird der Eintritt der Befruchtung gehemmt, in wie wenig Fällen wird abortiert! Die Zahl der Menschen, die nur durch die §§ 242 ff. RStGB. vom Diebstahl abgehalten werden, läßt sich nicht bestimmen; aber unerheblich ist sie ganz sicher nicht.

Daß der Strafe abschreckende Kraft bis zu einem gewissen Grade zukommt, erweist die Erfahrung. Allein erstlich erschöpft sich darin nicht ihre Wirksamkeit. Zweitens aber — und das ist das Entscheidende — ist der Rückschluß von der (häufigen) Wirksamkeit des Rechtsinstituts auf die dem Institut zugrundeliegende Idee — die Projektion der Wirkung des Gesetzes auf die Tendenz des Gesetzgebers — verfehlt. Sie steht im Widerspruch mit der historischen Gestaltung der Strafe und den dabei zu Tage getretenen Ideen und Rechtsgedanken. —

Die Warnungstheorie ist nichts anderes als eine euphemistische Gestaltung der Abschreckungslehre. Der Unterschied liegt wesentlich nur in der Bezeichnung.

3. Theoretisch bedeutsam ist unter den Abschreckungstheorien

die von Anselm Feuerbach begründete Generalpräventions- oder psychologische Zwangstheorie.[2])

Feuerbach geht vom Begriff der bürgerlichen Strafe aus. Diese erfolgt um einer geschehenen Unrechtstat willen. Die Annahme, die Strafe sei auf die Zukunftswirkung (z. B. der künftigen Abschreckung durch den Strafvollzug) gerichtet, erscheint sinnlos, sobald man die Natur und Bedeutung der Belohnung betrachtet. Wenn Cicero zur Belohnung für die Rettung des Staats vor der catilinarischen Verschwörung den Namen: Vater des Vaterlandes erhielt; oder Miltiades wegen des Sieges über die Perser geehrt wurde, würde es lächerlich erscheinen, „diese Folgen des Verdienstes darum Belohnungen nennen zu wollen, nicht weil sie die Folgen des entschiedenen Verdienstes sind, sondern weil der Belohnte oder andere dadurch aufgefordert werden sollen, sich neue Verdienste zu erwerben!“[3]) Ebenso ist die Strafe auf die Vergangenheit gerichtet, und unterschieden von Sicherung oder Verteidigung oder Prävention.[4])

Daher erwächst das (naturrechtliche) Problem: „Das Recht zu einem Zwang zu finden, der in dem Verteidigungsrecht begründet, aber gleichwohl von der Verteidigung selbst verschieden ist.“ Die Strafe soll lediglich um des Verbrechers willen statthaben, der Grund der Strafverhängung aber im Sicherungsrechte liegen.[5])

Staatszweck ist die wechselseitige Freiheit aller Bürger, der Zustand der Möglichkeit der Ausübung aller Rechte und der Sicherheit vor Beleidigungen. Um dieses Zwecks willen ist es notwendig, daß überhaupt keine Beleidigungen im Staate geschehen.[6]) Wer daher unbürgerliche Neigungen hat, muß psychologisch verhindert werden, sich nach diesen Neigungen wirklich zu bestimmen.[7]) Hierfür bleibt dem Staate kein anderes Mittel, „als durch die Sinnlich-

[2]) Über Hobbes als Vorläufer von Feuerbach vgl. v. Bar, Handbuch des Deutschen Strafrechts, I, S. 223; L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 112 f.

[3]) P. J. Anselm Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil I, Erfurt 1799, S. 1—12, 11 f.; Lehrbuch des peinlichen Rechts, 14. Aufl., herausg. von C. J. A. Mittermaier, Gießen 1847, S. 36—44.

Über Feuerbach: Maxim. Fleischmann, Anselm von Feuerbach, Der Jurist, als Philosoph, München 1906. Vgl. ferner: E. Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt., 1. Halbbd., München und Leipzig 1898, S. 526.

[4]) Feuerbach, Revision, I, S. 13—26; 74—108.

[5]) Feuerbach, Revision, I, S. 38.

[6]) Feuerbach, Revision, I, S. 39.

[7]) Feuerbach, Revision, I, S. 43.

keit selbst auf die Sinnlichkeit zu wirken, und die Neigung durch entgegengesetzte Neigung, die sinnliche Triebfeder zur Tat durch eine andere sinnliche Triebfeder aufzuheben."[8]) „Die Übertretungen werden daher verhindert, wenn jeder Bürger gewiß weiß, daß auf die Übertretungen ein größeres Übel folgen werde, als dasjenige ist, welches aus der Nichtbefriedigung des Bedürfnisses nach der Handlung (als einem Objekt der Lust) entspringt."[9])

„Der Zweck der Strafe geht auf alle Bürger, als mögliche Verbrecher und die Zufügung der Strafe an einen bestimmten Beleidiger ist nur eine Folge von jenem Zwecke."[10]) Zweck der Strafe ist Generalprävention durch die Strafandrohung.[11]) Der Satz des Seneca (De clementia c. 16): „Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur", ist wahr im Hinblick auf die Drohung der Strafe, irrig („durchaus falsch") mit Rücksicht auf die Strafexekution.[12])

Die Bestrafung kann nicht auf die Willensfreiheit gestützt werden, wie die absoluten Theorien vermeinen.[13]) Freiheit ist „in jeder Rücksicht" bloß ein moralischer Begriff. Auch die Willkürlichkeit der Handlung ist nicht Voraussetzung der Strafbarkeit, wie die Erfahrung erweist.[14]) Das Strafgesetz muß angewendet werden, wo psychologische Wirksamkeit des Strafgesetzes möglich ist.[15])

4. Die von Richard Schmidt[16]) begründete „Vergeltungs-

---

[8]) Feuerbach, Revision, I, S. 44 f. Vgl. auch: Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere, Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde, herausg. von v. Almendingen, Grolman und Feuerbach, Bd. II, Göttingen 1800, S. 193—243, 199, 204.

[9]) Feuerbach, Revision, I, S. 45 f.; Lehrbuch, 14. Aufl., S. 38, § 13: „Alle Übertretungen haben ihren psychologischen Entstehungsgrund in der Sinnlichkeit, inwiefern das Begehrungsvermögen des Menschen durch die Lust an oder aus der Handlung zur Begehung derselben angetrieben wird. Dieser sinnliche Antrieb kann dadurch aufgehoben werden, daß jeder weiß, auf seine Tat werde unausbleiblich ein Übel folgen, welches größer ist, als die Unlust, die aus dem nichtbefriedigten Antrieb zur Tat entspringt."

[10]) Feuerbach, Revision, I, S. 283; Über die Strafe als Sicherungsmittel, Chemnitz 1800, S. 94.

[11]) Feuerbach, Revision, I, S. 60; Über die Strafe als Sicherungsmittel, S. 25 f., 45 f., 53, 72—79.

[12]) Feuerbach, Revision, I, S. 60 f.

[13]) Feuerbach, Revision, Tl. II, Chemnitz 1800, S. 75—198.

[14]) Feuerbach, Revision, Tl. I, S. XXI.

[15]) Feuerbach, Revision, Tl. II, S. 159.

[16]) Über die Aufgaben der Strafrechtspflege, Leipzig 1895, insbesondere S. 46—122. Dazu: Lammasch, Die Aufgaben der Strafrechtspflege, Z. XV, S. 633—658.

theorie" ist in Wahrheit nichts anderes als eine Generalpräventionstheorie.

Im wesentlichen teilt ferner Paulsen den Standpunkt der Generalprävention, indem er sagt:[17]) „Der Zweck der Strafe ist der eine: die Erhaltung des Friedens und der Sicherheit."

5. Auch Vargha steht auf dem Boden der relativen Theorien. Er heischt aus dem Gesichtspunkte des Determinismus Aufhebung der Strafknechtschaft und ist wohl der konsequenteste und kühnste Denker unter den naturwissenschaftlichen Deterministen. General- und Spezialprävention (Motivierung zur Besserung) sind nach Vargha die Strafzwecke, die aber auch ohne Übelsstrafe („Marterstrafe") erreicht werden können.[18])

6. Von der Besserungstheorie[19]) gilt das gleiche, wie von der Abschreckungstheorie. Zweifellos bewirkt, insbesondere bei der Freiheitsstrafe und der mit ihrem Vollzug verknüpften längeren psychischen Einwirkung auf den Verbrecher, der Strafvollzug, daß ein Teil der Verbrecher — sei es ethisch, sei es auch nur „bürgerlich" — gebessert aus der Anstalt hervorgeht, oder zumindest mit guten Vorsätzen, die freilich meist gegenüber dem doppelt erschwerten Lebenskampf nicht standhalten.

Aber auch hier, seitens der Anhänger der Besserungstheorie, findet jener unzulässige Projektionsschluß von der Wirkung auf die Tendenz des Gesetzgebers statt, der die relativen Straftheorien überhaupt kennzeichnet.

Die Bedeutsamkeit der Korrektionslehre liegt vor allem darin, daß an sie jene sozialen Bestrebungen anknüpfen, die als Fürsorgetätigkeit für entlassene Sträflinge die äußeren Bedingungen schaffen wollen, um den Entlassenen vor der Notwendigkeit zu bewahren, mangels Arbeit und Verdienstes erneut dem Verbrechen anheimzufallen.

II. 1. Die neuzeitliche Zweck- und Schutztheorie betrachtet das Verbrechen als soziale Erscheinung und erblickt in der Strafe

---

[17]) System der Ethik, 7. und 8. Aufl., Stuttgart und Berlin 1906, Bd. II, S. 151.

[18]) Die Abschaffung der Strafknechtschaft, insbesondere Tl. II, Graz 1897, S. 152 ff.

[19]) Bedeutsamster Vertreter Karl D. A. Röder, Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe, Wiesbaden 1867, S. 97—138.

Über Besserungstheorien vgl. Hepp, Darstellung und Beurteilung der deutschen Strafrechtssysteme, 2. Aufl., Bd. II, Heft 2, Heidelberg 1845, S. 595—657.

das Zweckmittel zum Schutz der Gesellschaft (soziale Zweck-theorie).

Die Grundlage für diese Lehre ist eine dreifache: der Sozial-utilitarismus Jhering's; die kriminalanthropologische Forschung Lombroso's; die italienische positive Strafrechtsschule derer um Ferri.

2. Nach Jhering ist das Verbrechen „die von seiten der Gesetzgebung konstatierte, nur durch Strafe abzuwehrende Gefährdung der Lebensbedingungen der Gesellschaft".[20])

3. Die durch Lombroso's[21]) — im einzelnen vielfach angegriffenen — Forschungen begründete Kriminalanthropologie ersieht im echten Verbrecher einen entarteten Menschen, mit psychischen

---

[20]) Der Zweck im Recht, 4. Aufl., Leipzig 1904, Bd. I, S. 377—399, 382.

[21]) Der Verbrecher in anthropologischer, ärztlicher und juristischer Beziehung. Bd. I (1887), 2. Abdruck, Hamburg 1894, übersetzt von Fraenkel, bevorwortet durch v. Kirchenheim, Bd. II, 1890, übersetzt von Fraenkel, Bd. III. 1896, übersetzt von Kurella; Über den Ursprung, das Wesen und die Bestrebungen der neuen anthropologisch-kriminalistischen Schule in Italien, Z. Bd. I, 1881, S. 108—129; Pro schola mea. Z. Bd. III, 1883, S. 457—470; Lombroso und Laschi, Der politische Verbrecher und die Revolutionen in anthropologischer, juristischer und staatswissenschaftlicher Beziehung, deutsch von Kurella, 2 Bände, Hamburg 1891/92; Neue Fortschritte in den Verbrecherstudien, deutsch von Merian, Leipzig 1894; Die Ursachen und Bekämpfung des Verbrechens, deutsch von Kurella und Jentsch, Berlin 1902; Lombroso und Ferrero, Das Weib als Verbrecherin und Prostituierte, deutsch von Kurella, Hamburg 1894.

Im wesentlichen auf dem Boden Lombroso's: Kurella, Naturgeschichte des Verbrechers, Stuttgart 1893; H. Ellis, Verbrecher und Verbrechen, deutsch von Kurella, Leipzig 1894.

Vgl. ferner: Kurella, Cesare Lombroso und die Naturgeschichte des Verbrechers, Hamburg 1892; Zürcher, Die neuen Horizonte im Strafrecht, Zürich 1892 (über und gegen Lombroso und Garofalo); Baer, Der Verbrecher, Leipzig 1893; Baer, Über jugendliche Mörder und Totschläger, Kriminalanthropologische Beobachtungen, S.-Abdr. aus dem Archiv für Kriminalanthropologie, Bd. XI, Leipzig 1903 (in beiden Schriften bekämpft Baer Lombroso's Theorie vom Verbrechertypus); M. Benedikt, Biologie und Kriminalistik, Z. Bd. VII, 1887, S. 481—504; Ernst Rosenfeld, Der dritte internationale Kriminalanthropologenkongreß, Z. XIII, S. 161—205; Joh. Jäger, Beiträge zur Lösung des Verbrecherproblems, Erlangen 1895, S. 1—58; Kurella, Die Grenzen der Zurechnungsfähigkeit und die Kriminalanthropologie, Halle a/S. 1903, S. 33 ff.; R. Gaupp, Über den heutigen Stand der Lehre vom „geborenen Verbrecher", Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, I. Bd., 1904, S. 25—42; L. Kuhlenbeck, Das Strafrecht als soziales Organ der natürlichen Auslese, Politisch-anthropologische Revue, Bd. I, Eisenach und Leipzig 1902/03, S. 798—811; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, 1904, S. 27—36 (Die kriminalanthropologische Schule), sowie die Literaturangaben in meiner Entgeltung im Strafrechte über die kriminalanthropologische Schule, S. 123 f. und sonst.

und somatischen Abartungen, eine atavistische Erscheinung, einen Rückschlag in frühere Kultur.

Nach der kriminalanthropologischen Auffassung ist der Verbrecher nicht durch besondere Schuld gekennzeichnet, sondern durch besondere Veranlagung.

Lombroso's Lehre führt daher konsequenterweise zur Schutzstrafe:[22]) Anpassung des anpassungsfähigen, Ausstoßung des nichtanpassungsfähigen Verbrechers sind die Maßnahmen, die die Gesellschaft hiernach gegenüber dem Verbrecher ergreifen muß.

Auf dem Wege kriminalpsychologischer Forschung kommt Garofalo[23]) im wesentlichen zu denselben Ergebnissen. Er steht in der Mitte zwischen der rein kriminalanthropologischen und der soziologischen Strafrechtsschule, als deren Begründer und Haupt Ferri in Betracht kommt.

4. Ferri[24]) betrachtet das Verbrechen als soziale Erscheinung.

Während die klassische Strafrechtsschule auf der haltlosen Hypothese der Willensfreiheit die Schuld aufbaue, geht die von Ferri begründete positive Strafrechtsschule einerseits vom mechanischen Determinismus[25]) aus, andererseits von der kriminalanthropologischen Tatsache, daß der Verbrecher durch seine — ererbten oder erworbenen — Eigenschaften eine besondere Varietät der menschlichen Art bildet.[26]) Daher ist die moralische Verantwortung durch die soziale zu ersetzen,[27]) die Vergeltungsstrafe durch die Schutzstrafe,

---

[22]) Kraepelin, Lombroso's Uomo delinquente, Z. Bd. V, 1885, S. 669—680; S. 680: „Auf diesem Boden (scil. dem der Kriminalanthropologie) ist nur für eine einzige Theorie der Strafrechtspflege noch Raum gegeben, für die Theorie des Schutzes."

[23]) Vorwiegend kriminalanthropologisch (Ausstoßung und Vernichtung oder Anpassung des Verbrechers; weitreichende prévention gegen künftige Verbrechen): Garofalo, La criminologie, 5. éd., Paris 1905. Vgl. dazu unten § 21.

La criminologie, préf., p. XI: „Si l'on admet que la psychologie criminelle est le chapitre le plus important de cette science, je veux bien accepter d'être appelé, comme je l'ai été par M. Leveillé, un anthropologiste raisonnable."

[24]) Das Verbrechen als soziale Erscheinung, Grundzüge der Kriminalsoziologie, deutsch von Kurella, Leipzig 1896 (Bibliothek für Sozialwissenschaft, Bd. 8).

[25]) Ferri, Das Verbrechen als soziale Erscheinung, S. 21, 221—262, S. 238: „. . . der Mensch ist eine Maschine . . ." Ferri, I nuovi orizzonti, II. ed., Bologna 1884, p. 52: „L'uomo è una macchina . . . . di trasformazione delle forze. . . ."

Vgl. auch Ferri, La teoria dell' imputabilità e la negazione del libero arbitrio, Firenze 1878.

[26]) Das Verbrechen als soziale Erscheinung, S. 21, 22—67.

[27]) Das Verbrechen als soziale Erscheinung, S. 274—292.

die auf Schutz der Gesellschaft gegenüber dem Verbrecher, d. h. dem sozialgefährlichen Menschen, gegründet ist.[28])

5. Das Verbrechen als soziale Erscheinung hat mehr deskriptiv, unter Betonung der Mitschuld der Gesamtheit an der Schuld des einzelnen (religiös-sozial) Alex. v. Öttingen[29]) ins Auge gefaßt.

6. Aus der Verwertung der durch v. Jhering, (Lombroso) und Ferri geschaffenen Grundlagen ergibt sich die durch v. Liszt[30]) glänzend formulierte Zweck- oder Schutztheorie. Nach v. Liszt tritt jedoch die kriminalanthropologische Auffassung des Verbrechens zurück, geben die sozialen Faktoren den Ausschlag für die Kriminalität.

v. Liszt erfaßt die primitive Strafe als Triebhandlung, d. h. als Ausfluß des Strebens nach individueller Selbsterhaltung, nach Selbstbehauptung des Individuums, welches auf äußere Störungen seiner Lebensbedingungen durch repulsive Handlungen gegen die Ursache jener Störungen reagiert; die primitive Strafe ist mittelbarer Ausfluß des Arterhaltungstriebs, trägt daher gesellschaftlichen

---

[28]) Das Verbrechen als soziale Erscheinung, S. 263—273, 327—356, 402 ff.

[29]) Die Moralstatistik, 3. Aufl., Erlangen 1882, S. 437—440, 700—736, 786—823.

[30]) Der Zweckgedanke im Strafrecht, Z. Bd. III, 1883, S. 1—47 [auch abgedruckt in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. I, Berlin 1905, S. 126—179] (dagegen v. Buri, Der Zweckgedanke im Strafrecht, Z. Bd. IV, 1884, S. 169—184); Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe (scil. gegen Mittelstädt und A. Merkel), Z. XIII, S. 325—370; Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft, Z. XX, S. 161—174; Die gesellschaftlichen Faktoren der Kriminalität, Vortrag vom 21. September 1902, Z. XXIII, S. 203—216; Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Auflage, § 13. Das Strafrecht als Interessenschutz, S. 64—68, § 14. Die Ursachen und die Arten der Kriminalität, S. 68—73, § 15. Die Forderungen der Kriminalpolitik, S. 73—79, § 16. Der Streit der Strafrechtsschulen, S. 80—86, ferner Lehrbuch S. 6; Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe (Vortrag; als solcher nicht im Druck erschienen. Referat darüber in: Vergeltungsstrafe, Rechtsstrafe, Schutzstrafe, 4 Vorträge, Veröffentlichungen des Akad.-Jurist. Vereins [München], Heft 1, Heidelberg 1906, S. 1—3).

Vgl. auch R. Schmidt, Die Aufgaben der Strafrechtspflege, Leipzig 1895, S. 2 bis 6; Makarewicz, Klassizismus und Positivismus in der Strafrechtswissenschaft, Z. XVII, S. 590—637; Terenzio Sacchi-Lodispoto, Sozialpolitik und Kriminalpolitik, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 16, 1903, S. 367—395; Kohlrausch, Der Kampf der Kriminalistenschulen im Lichte des Falles Dippold, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, I. Bd., 1904, S. 16—25; Birkmeyer, Was läßt von Liszt vom Strafrecht übrig?, eine Warnung vor der modernen Richtung im Strafrecht, München 1907; gegen Birkmeyer — überwiegend treffend — v. Liszt, Z. XXVII, Heft 2, S. 213—221.

Charakter, als soziale Reaktion gegen soziale Störungen. Späterhin nach Erkenntnis der Zweckmäßigkeit der Triebhandlung, wird diese in Willenshandlung umgesetzt. „Das völlige Gebundensein der Strafgewalt durch den Zweckgedanken ist das Ideal der strafenden Gerechtigkeit." [31])

Die Aufgabe des Rechts ist der Schutz menschlicher Lebensinteressen, die eigenartige Aufgabe des Strafrechts ist „der verstärkte Schutz besonders schutzwürdiger und besonders schutzbedürftiger Interessen durch Androhung und Vollzug der Strafe als eines den Verbrecher treffenden Übels". Die Schutz- oder Zweckstrafe vereinigt in sich General- und Spezialprävention.[32])

Jedes einzelne Verbrechen entsteht durch das Zusammenwirken zweier Gruppen von Bedingungen, „der individuellen Eigenart des Verbrechers einerseits, der diesen umgebenden äußeren, physikalischen und gesellschaftlichen, insbesondere wirtschaftlichen Verhältnisse andererseits" [33]) (Fatalismus!).

Die Kriminalpolitik ist „Bekämpfung des Verbrechens durch individualisierende Einwirkung auf den Verbrecher. Sie verlangt . . ., daß die Strafe als Zweckstrafe sich in Art und Maß nach der Eigenart des Verbrechers richte." Grundeinteilung: „1. Besserung der besserungsfähigen und besserungsbedürftigen Verbrecher; 2. Abschreckung der nicht besserungsbedürftigen Verbrecher; 3. Unschädlichmachung der nicht besserungsfähigen Verbrecher." [34])

Der Gegensatz zwischen dem quia peccatum und dem ne peccetur besteht nur scheinbar. „Die einzig haltbare und fruchtbare Form der Vergeltungsstrafe ist die Schutzstrafe." „Die Schutzstrafe ist die Vergeltungsstrafe." „Die Strafe ist Prävention durch Repression; oder wie wir ebensogut sagen dürfen: Repression durch Prävention." [35])

7. Die soziale Zweck- oder Schutztheorie ist im wesentlichen nichts anderes, als die Modernisierung und psychologische Vertiefung

[31]) Der Zweckgedanke im Strafrecht, Z. III, S. 7—13, 31. Lehrbuch, 14./15. Auflage, S. 6.

[32]) Lehrbuch, S. 64—68, 67.

[33]) Lehrbuch, S. 68—73, 70 f.

[34]) Der Zweckgedanke im Strafrecht. Z. III, S. 36, 33—43. Das gewerbsmäßige Verbrechen, Vortrag vom 13. Oktober 1900 (Z. XXI, 121 ff.), Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, II. Bd., Berlin 1905, S. 308—330; Lehrbuch, S. 73—79.

[35]) Der Zweckgedanke im Strafrecht, Z. III, S. 43, 45.

der relativen Straftheorien. Die relativen Theorien strafen, ne peccetur[36]), und die Zweckstrafe gleichfalls.

Die Schutztheorie geht von der Ansicht aus, der überlieferte Schuldbegriff schließe das Urteil in sich: Du hättest anders handeln können. Er sei daher vom deterministischen Standpunkt aus nicht haltbar. Aus dem Gesichtspunkte des Determinismus könne nur die Sozialgefährlichkeit des Verbrechers Grund und Maßstab der Bestrafung bilden.[37]) Das Verbrechen ist gesellschaftliche und zwar sozialpathologische Erscheinung.[38])

Der Aufgabe, die soziologische Auffassung des Verbrechens und der Strafe in Wissenschaft und Gesetzgebung zur Geltung zu bringen, dient die durch v. Liszt, Prins und van Hamel begründete Internationale kriminalistische Vereinigung. Als Zweck der Strafe erscheint ihr „die Bekämpfung des Verbrechens als sozialer Erscheinung“.[39]) Hierfür sei die Strafe eines der wirksamsten, aber nicht das einzige Mittel.[40])

---

[36]) Binding, Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft, in Grünhut's Zeitschrift, Bd. IV, 1877, S. 420: „Es wird nicht gestraft, quia peccatum est, sondern postquam peccatum est, ne peccetur. Der wirkliche Strafgrund bei allen relativen Theorien ist eine durch das Verbrechen offengelegte, aber keineswegs erzeugte, drohende Gefahr für die künftige Sicherheit der Gesellschaft. Der Zweck der Strafe ist Beseitigung des Strafgrundes, also künftige Sicherung.“

[37]) v. Liszt, Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, (Z. XIII, 325 ff.), Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, II. Bd., S. 25—74, 47; Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts (IKV. IV), Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, II. Bd., S. 75—93; Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik (Z. XVI, 477 ff.), Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, II. Bd., S. 170—213; Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuchs in Aussicht zu nehmen?, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. II, S. (356—410), 377—393; Oskar Kraus, Strafe und Schuld, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 10, 1897, S. 290—313.

[38]) v. Liszt, Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung, Vortrag vom 10. Dezember 1898, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, II. Bd., S. 230—250; Die gesellschaftlichen Faktoren der Kriminalität, Vortrag vor der IKV. vom 21. September 1902 (Z. XXIII, S. 203 ff.), Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. II, S. 433—447; Tönnies, Das Verbrechen als soziale Erscheinung, in Braun's Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik, Bd. 8, 1895, S. 329—344; E. Sichart, Strafensystem auf soziologischer Grundlage, Z. XVII, S. 374—389; F. Auer, Soziales Strafrecht, München 1903, S. 5.

[39]) Art. I der Satzungen der IKV. (diese sind abgedruckt in Mitteilungen der IKV., Jahrg. I, Heft 1, 1889, S. 1—6; Jahrg. II, Heft 1, 1890, S. 1—6, und sonst).

Über die IKV. vgl.: v. Lilienthal, Internationale Kriminalistische Vereinigung, Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, Bd. II, 1889, S. 1—12; Ad. Wach, Die kriminalistischen Schulen und die Strafrechtsreform, Leipziger Rektoratsrede vom 15. Oktober

Die Schutztheorie mit der Lehre vom sozialgefährlichen Menschen bedeutet im letzten Grunde die Neubelebung des Bevormundungsgeistes, wie er zur Zeit der Entstehung des Preußischen Landrechts geherrscht hatte. Die Theorie der Gesellschaftswohlfahrt heischt Schutz und Sicherung der Gesellschaft, so wie sie v. Soden, Geist der peinlichen Gesetzgebung Teutschlands, Wieland, Geist der peinlichen Gesetze, und Andere gegen Ausgang des 18. Jahrhunderts gefordert hatten.[41])

Die soziale Gefährlichkeitstheorie verkennt im Verbrecher bezüglich seiner Schuld den Menschen. Sie stellt ihn in Ansehung der Straftat dem gefährlichen Tier oder Naturereignis gleich, das mit sozialen Gegenmitteln bekämpft werden muß. Nur hinsichtlich der Bestrafung sieht jene Theorie im Verbrecher den Menschen, nicht auch bezüglich der Verschuldung.

Die Schutz- oder Zweckstrafe ist daher unverträglich mit den staatsrechtlichen Errungenschaften der neueren Zeit, mit der schwer erkämpften Bürgerfreiheit. Sie steht auch in Widerspruch mit der Grundidee der Ethik, mit der Anerkennung jedes einzelnen als Menschen, als Glieds der Kulturgemeinschaft.

Zudem überschätzt die Schutztheorie die präventive Kraft der Strafe. Daß die sittliche Kraft eines Volkes bedeutsamer ist, als Gesetze, hat schon Tacitus erkannt.[42])

Endlich wird von der Schutztheorie das Wesen der Strafe verkannt. Die Strafe war nie Zweckhandlung, sondern stets gefühlsmäßige Reaktion, deren Beschaffenheit nach dem jeweiligen Stand der Rechtskultur wechselt. Die Schutztheorie steht in unlösbarem Widerspruch mit der geschichtlichen Entwicklung und Erfahrung des Strafrechts.[43])

1902, S. 25—86 (gegen die kriminalanthropologische und -soziologische Schule); v. Liszt, Die Zukunft des Strafrechts, Vortrag vom 3. April 1892, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, II. Bd., S. 1—24; Kitzinger, Die Internationale Kriminalistische Vereinigung, München 1905.

[40]) Art. II, Ziff. 1 und 3 der Satzungen der IKV.

[41]) Vergleiche die richtige Darlegung und die eingehenden Anführungen bei L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. IX. Siehe auch unten, § 42 f.

[42]) Tacitus, Germania, c. 19: „numerum liberorum finire aut quemquam ex agnatis necare flagitium habetur, plusque ibi boni mores valent quam alibi bonae leges." Germania, c. 26: „Faenus agitare et in usuras extendere ignotum; ideoque magis servatur, quam si vetitum esset."

Teffend sagt van Calker, Strafrecht und Ethik, S. IV, 16, daß die wirksamste Bekämpfung des Verbrechens durch die Einpflanzung ethischer Grundsätze erfolgt.

[43]) Vgl. unten, Kap. VII.

8. Von der Idee der Zweckstrafe ist der Stooß'sche Entwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuchs getragen — ein trotz irriger strafrechtsphilosophischer Grundlage ausgezeichnetes Werk.[44])

Stooß geht davon aus, daß die Aufgabe des Strafrechts die Bekämpfung des Verbrechens bildet. Insbesondere gegenüber den Jugendlichen und den Unverbesserlichen treten im Entwurf die Grundsätze der soziologischen Schule mit großer Deutlichkeit hervor:[45]) jene sollen der Erziehung überwiesen, diese unschädlich gemacht werden. Jedoch trägt Stooß der ethischen Bedeutung der Handlung Rechnung.[46])

9. v. Lilienthal[47]) steht gleichfalls auf dem Boden der Zweckstrafe.

10. Den Standpunkt der Schutzstrafe teilen uneingeschränkt die Psychiater Aschaffenburg[48]) und

---

[44]) Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil. Im Auftrag des Bundesrates ausgearbeitet von Karl Stooß. Avant-Projet de Code pénal Suisse. Partie générale. Traduit . . . par Alfred Gautier, Basel und Genf 1893. Motive zu dem Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil. Im Auftrage des Bundesrates verfaßt von Karl Stooß. Basel und Genf 1893.

Vgl. dazu die treffliche Abhandlung von v. Lilienthal, Der Stooß'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Z. XV, S. 97—158, 260—356. Siehe ferner Stooß, Welche Anforderungen stellt die Kriminalpolitik an ein eidgenössisches Strafgesetzbuch?, Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, Bd. 4, 1891, S. 245—267; Stooß, Der Kampf gegen das Verbrechen, Vortrag vom 9. Februar 1894, Bern 1894; Die ethischen und sozialen Grundlagen des Strafrechts, Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, Bd. 7, 1894, S. 269—273; Das Motiv im Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 9, 1896, S. 167—174; Verbrechen und Strafe, in derselben Zeitschrift, Bd. 14, 1901, S. 385—395; Strafe und sichernde Maßnahmen, in derselben Zeitschrift, Bd. 18, 1905, S. 1—11; Sichernde Maßnahmen, ebenda S. 167—181.

[45]) Art. 6 f. bezüglich der Jugendlichen; Art. 23, 40 bezüglich der Unverbesserlichen.

[46]) Wertvoll — und von der soziologischen Strafrechtsschule abweichend — ist die Betonung der ethischen Bedeutung der Handlungen. Vgl. Stooß, Das Motiv etc., Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 9, S. 174: „Der Gesetzgeber hat die Handlungen des Täters auch in ethischer Hinsicht zu würdigen und sein sittliches Werturteil in der Strafe zum Ausdruck zu bringen."

[47]) Beiträge zur Lehre von den Kollektivdelikten, Leipzig 1879, S. 90; Internationale Kriminalistische Vereinigung, Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, Bd. II, 1889, S. 1—12; Der Stooß'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuch, Z. XV, S. 97—158, 260—356.

[48]) Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung, 2. Aufl., Heidelberg 1906.

11. Kräpelin.[49])

12. Auch nach Makarewicz ist das Strafrecht gesellschaftliche Reaktion, und zwar ist die Strafe ursprünglich gesellschaftliche Rache, patriarchalische Strafe oder sakraler Akt; hierzu kommt die Privatrache als Strafsurrogat. Die Zweckstrafe ist das Entwicklungsideal der Strafe.[50])

13. Herm. Seuffert (†) steht auf dem Boden der Zweckstrafe, mit Einbeziehung der Gerechtigkeit als eines der „bei der staatlichen Strafe verfolgten praktischen Ziele".[51]) (Die Gerechtigkeit ist aber doch wohl ein ideales, kein „praktisches" Ziel!)

Damit nähert sich Seuffert den Vereinigungstheorien.

14. Das gleiche gilt von F. Auer.[52])

Auer entnimmt aus den soziologischen Anschauungen über das Wesen und die Wurzel des Verbrechens, daß sich die Strafe gegen den Verbrecher als gesellschaftsfeindliches Element richte, daher dem zweifachen Zweck der Unschädlichmachung der Unverbesserlichen, der Erziehung zur sozialen Brauchbarkeit gegenüber anderen Verbrechern dienen müsse. Diese Erziehung erfolge durch Abschreckung und zwar durch Spezialprävention gegenüber dem Unrechtstäter, durch Generalprävention gegenüber den Nichttätern. Abschreckung, wie Unschädlichmachung sollen zur Sicherung dienen.

15. Andreas Thomsen vertritt die Bekämpfungstheorie. Nach der Theorie der Verbrechensbekämpfung ist die Strafe regelmäßig gemäß der Intention des Gesetzgebers Mittel der Verbrechensbekämpfung. Sie ist jedoch nicht das einzige Mittel zur Bekämpfung des Verbrechens; insbesondere dienen zivilrechtliche Be-

---

[49]) Das Verbrechen als soziale Krankheit, Vortrag vom 17. Mai 1906, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. III, Heft 5/6, 1906, S. 257 bis 279.

[50]) Einführung in die Philosophie des Strafrechts, Stuttgart 1906, S. 214—272.

[51]) H. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, München 1902, S. 8—9 (Das Ziel der Strafe). S. 8: „Vergeltung, Abschreckung des Publikums von Verbrechen, Abhaltung des Verbrechers vom Rückfall, das sind, kurz ausgedrückt, die bei der staatlichen Strafe verfolgten praktischen Ziele. Auch Vergeltung ist ein solch praktisches Ziel!" S. 8 f.: „Das Ziel aber . . . für eine Strafrechtsreform . . . ist: Verminderung der Verbrechen durch Einwirkung auf die Verbrecher."

Vgl. auch Seuffert, Was will, was wirkt, was soll die staatliche Strafe?, Bonn 1897, S. 18 ff. Dort tritt de lege ferenda gleichfalls die Spezialprävention bestimmend in den Vordergrund (S. 25 ff.).

[52]) Soziales Strafrecht, München 1903, S. 5—8.

stimmungen demselben Zweck, so besonders augenfällig im Wucherrecht, im Gesetze zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes etc.

Nach dieser Auffassung geht ein guter Teil des Rechts überhaupt, des Strafrechts im besonderen, im bevormundenden Polizeirecht auf. Die Verbrechensbekämpfungstheorie ist die konsequent ausgebaute Schutztheorie.

Thomsen nähert sich jedoch den Vereinigungstheorien in zweifacher Hinsicht. Einmal, sofern er zugibt, daß ein, allerdings nur ganz kleiner, Teil der strafrechtlichen Bestimmungen erkennen läßt, daß der Gesetzgeber vergelten wollte. Zweitens, indem er anerkennt, daß der Wirkung nach jede Strafe zugleich Vergeltung in sich schließt. „Rein objektiv liegt ... in jeder Strafe wie eine Bekämpfung, so auch eine Vergeltung des Verbrechens.“ [53])

III. Unter Vereinigungstheorien versteht man jene Lehren, die entweder die absolute mit einer relativen Straftheorie verbinden (also in der Strafe zugleich die Tendenz gerechter Vergeltung und Verfolgung eines äußeren praktischen Zweckzieles erblicken), oder eine selbständige Mehrheit von Zwecken der Strafe annehmen.[54])

Hervorzuheben sind hier aus der Neuzeit: Lammasch, Finger, Berner, Oetker, Wundt, Laas, Cathrein.

1. Nach Lammasch[55]) sind konstante Zwecke jeder Strafdrohung: 1. Solenner Ausspruch der Mißbilligung des strafbedrohten Verhaltens. Hierin liegt das Wesen der Generalprävention. 2. Durch

---

[53]) Kriminalpolitische Bekämpfungsmethoden, Berlin 1893; Grundriß des Deutschen Verbrechensbekämpfungsrechtes (enthaltend das deutsche Straf- und sonstige Bekämpfungsrecht), Berlin 1905, S. I—XLIII, insbesondere S. XXXVI f., S. 2 f.; Besonderer Teil, Berlin 1906.

[54]) Binding, Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Leipzig 1902, S. 181, schränkt den Begriff der Vereinigungstheorien auf jene Lehren ein, die absolute und relative Theorien zu vereinigen suchen. Allein auch unter den relativen Theorien erscheinen als Vereinigungstheorien jene Lehren, die eine Mehrheit von Strafzwecken kombinieren, sofern jedem einzelnen Strafzweck eine selbständige Bedeutung zugeschrieben wird. (Daher gehört nicht zu den Vereinigungstheorien die soziale Theorie der Schutz- oder Zweckstrafe, die die einzelnen Strafzwecke der Spezial-, der Generalprävention etc. der einen Idee des Gesellschaftsschutzes unterordnet).

Vgl. über die Vereinigungstheorien die gute Darstellung bei Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, Berlin 1904, S. 19–27.

Den Vereinigungstheorien werden von anderen auch zugezählt: Die Lehre Binding's; vgl. hiezu oben § 2, sub II. Die Lehre Merkel's; siehe über seine Straftheorie oben § 2, sub III, 2.

[55]) Über Zwecke und Mittel der Strafe, Z. IX, 1889, S. 423—451.

die Verknüpfung der Strafdrohung mit der Mißbilligung wird psychologischer Zwang geübt, richtiger: Determinationstheorie. 3. Genugtuung für den Verletzten.

Lammasch nimmt weiter drei variable Strafzwecke an, d. h. solche, die der Staat nicht bei jeder Bestrafung, sondern nur in einzelnen Fällen verfolgt. Diese variablen Strafzwecke stehen zu einander im Verhältnis gegenseitiger Ausschließung: a) Abschreckung; b) Zucht; c) Unschädlichmachung.

Kein Ziel der staatlichen Strafe ist nach Lammasch die moralische Besserung.

2. Finger's Anschauung ist durch v. Liszt, A. Merkel und Lammasch beeinflußt.

Nach Finger[56]) ist die Strafe geschichtlich geworden; unbewußt wirkende Kräfte, Triebe (der Selbst- und Arterhaltung) haben sie hervorgerufen. Die Rache ist Vorstufe der Strafe. Gegen Handlungen, die als lebensmindernde, als individual- oder sozialschädliche erkannt werden, wird sie als Präventivmaßregel verwendet. Die Rechtsstrafe hat zwei Seiten; sie ist der Gesellschaft (dem Staate) zugewendet: als solche muß sie den sozialen Faktoren, aus denen sie entstanden ist, entsprechen, indem sie in dem als gerecht empfundenen Maße durch Abschreckung schützt und Genugtuung gewährt. Die Strafe ist aber auch dem Verbrecher zugewendet; insofern kann ihr Zweck Abschreckung, Besserung, Unschädlichmachung sein. Die gesellschaftlichen Funktionen der Strafe mag man mit Lammasch als die konstanten Strafzwecke, die Einwirkungen der Strafe auf den Verbrecher selbst als die variablen Strafzwecke benennen.

3. Berner[57]) erachtet sowohl die absoluten als auch die relativen Straftheorien je zum Teil, aber auch je nur zum Teil für richtig. Da der Zweck die Mittel nicht heiligt, kann die Strafe als Übelszufügung um des guten Zwecks willen nicht gerechtfertigt sein. Daher ist als letzte Basis des Strafrechts nicht irgendwelcher praktische Zweck anzuerkennen, sondern die innere Gerechtigkeit. Das Recht des Staats auf Strafe beschränkt sich aber auf Erhaltung der Rechtsordnung; dies übersehen die absoluten Theorien. Die drei besonderen Strafzwecke sind daher: Genugtuung (gemäß

[56]) Das Strafrecht (Kompendien des Österreichischen Rechtes, 8), Bd. I, Berlin 1894, S. (2—26), 21—26; Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, I. Bd., Berlin 1904, S. (1—45), 38—45.

[57]) Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl., Leipzig 1898, S. 6—8.

den absoluten Theorien), Abschreckung und Besserung (gemäß den relativen Theorien).

4. Oetker[58]) lehnt die Vergeltung als Strafzweck ab. Als Strafzwecke ergeben sich nach Oetker vielmehr — gemäß dem Sicherungszwecke der Strafe — Generalprävention (gegenüber erneutem Delikt überhaupt) und Spezialprävention (gegenüber erneutem Delikt des jetzigen Sträflings).

5. Wundt[59]) sieht in der Strafe die natürliche Reaktion des Gesamtwillens gegen die Auflehnung des verbrecherischen Einzelwillens, eine Reaktion spezifischer Art, die mit Vergeltung und Besserung nicht identisch ist. Die Wesensmomente der Strafe sind Züchtigung, Sühne und erzieherische Einwirkung.

6. Nach Laas[60]) enthält die Strafe eine Kombination des „humanisierten und rationalisierten" Genugtuungs- und Vergeltungstriebs mit Prävention.

7. Cathrein[61]) kombiniert die relative Theorie mit der absoluten. Zweck der Strafdrohung ist ihm Abschreckung; Zweck des Strafvollzuges „die Wiederherstellung und Festigung der freventlich durchbrochenen Rechtsordnung". (Zum letzten Punkte verweist Cathrein zwar auf Thomas von Aquin, Summa theol. 1, 2, qu. 87, a. 1, vergißt jedoch, Hegel zu erwähnen, was am Ende nicht allzuferne gelegen hätte.)

Mit seiner Auffassung erscheint Cathrein der letzten Gruppe der darzustellenden Theorien verwandt.

IV. Die Vereinigungstheorie wird weiterhin als Vergeltungstheorie mit Annäherung an die relativen Theorien vertreten von Allfeld, Kahl, Birkmeyer, Wachenfeld und Köhler.

1. Allfeld ist hier an erster Stelle, im unmittelbaren Anschluß an die Vereinigungstheorien zu nennen, weil er selbst seine Anschauung als reine Vereinigungstheorie, als die richtig gefaßte Vereinigungstheorie bezeichnet.

Begriffswesentlicher Zweck der Strafe ist nach Allfeld die Vergeltung. Als Vergeltung erscheint ihm das Strafübel, da es bezweckt, „den Widerspruch der Übeltat mit der Rechtsordnung dem Täter und auch den Rechtsgenossen eindringlich zum Bewußtsein

[58]) Rechtsgüterschutz und Strafe, Z. XVII, S. 493—549.

[59]) Ethik, 3. Aufl., Stuttgart 1908, Bd. II, S. 144—157.

[60]) Vergeltung und Zurechnung, in Avenarius' Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie, Bd. V, 1881, S. 173, 448.

[61]) Die Grundbegriffe des Strafrechts, Freiburg i. B. 1905, S. 120—127, 126 f.

zu bringen und zugleich diesen Widerspruch durch Beugung des Einzelwillens unter den Willen der allgemeinen Ordnung zu tilgen, hierdurch aber die erschütterte Macht der Rechtsordnung zu bewähren". Das Strafrecht beruht demgemäß seinem Grundgedanken nach auf gerechter Vergeltung; es wird jedoch im ganzen wie im einzelnen durch die Rücksicht auf die Zukunft, d. i. durch seine Aufgabe, das Verbrechen zu bekämpfen, bestimmt.[62])

2. Nach Kahl liegt der Rechtsgrund der Strafe im Verbrechen selbst. Der Verbrecher hat in seinem Handeln die sittlich-rechtliche Schuld des Gesetzbruchs auf sich geladen. Der prinzipale Zweck der Strafe ist Vergeltung, d. h. „nach den Gesetzen einer höheren ethischen Wertgleichung autoritative Wiederherstellung der gebrochenen Rechtsordnung durch eine dem Maße der Verschuldung adäquate Strafe". (Annäherung an Hegel!) Andere Zwecke — Schutz der Gesellschaft, Abschreckung, Besserung — gehen nebenher, müssen sich aber der Grundidee der gerechten Vergeltung ein- und unterordnen.[63])

3. Birkmeyer[64]) erklärt sich als überzeugten Anhänger der Vergeltungstheorie.[65]) Bei der bevorstehenden Strafrechtsreform

[62]) H. Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., von Allfeld, Leipzig 1907, S. 4, 12—16. Den angeführten Begriff der Vergeltung gibt Allfeld a. a. O. S. 4.

Über den Begriff der Vergeltung vgl. weiter: J. Stern, Über den Begriff der Vergeltung, Z. XXIV, 1904, S. 35—52. Darüber, daß aus dem Gesichtspunkte der Vergeltungsidee der Begriff der Gerechtigkeit im Strafrecht nicht bestimmt werden könne: Heimberger, Der Begriff der Gerechtigkeit im Strafrecht, Leipzig 1903, S. 9 bis 29. Oetker, Rechtsgüterschutz und Strafe, Z. XVII, S. 535 („Delikte und Strafen sind an sich ebensowenig vergleichbar, wie etwa Delikte und Verjährungsfristen").

[63]) Kahl, Die Reform des Deutschen Strafrechts im Lichte evangelischer Sozialpolitik, Verh. des 14. Evang.-sozial. Kongresses, Göttingen 1903, S. (94—114) 99 f.

[64]) Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung, Z. XVI, 1896, S. 97 f.; Gedanken zur bevorstehenden Reform der deutschen Strafgesetzgebung, Vortrag vom 22. Februar 1901, in Goltdammer's Archiv, Bd. 48, 1901, S. 67—100; Birkmeyer's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin 1904, S. 1099 f.; Schutzstrafe und Vergeltungsstrafe, in: Vergeltungsstrafe, Rechtsstrafe, Schutzstrafe, 4 Vorträge, Veröffentlichungen des Akad.-Jurist. Vereins (München), Heft 1, Heidelberg 1906, S. 4—21 (auch abgedruckt im Gerichtssaal, Bd. 67, 1906, S. 401—423).

[65]) Z. XVI, S. 97; Goltd. Archiv Bd. 48, S. 70—74; Birkmeyer's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, S. 1099: „Die staatliche Strafe ist veredelte Rache. Sie teilt mit letzterer noch immer den Charakter einer Vergeltung von Bösem mit Bösem. . . . Aber sie . . . scheidet sich von ihr . . . durch ihre immer vollkommenere Ausgestaltung zur gerechten Vergeltung." Schutzstrafe und Vergeltungsstrafe, S. 9: „Die Vergeltungsstrafe richtet sich gegen den bösen Willen des Verbrechers, wie er sich in der Tat verkörpert hat."

müsse der Gesetzgeber zu dem Streit der Kriminalistenschulen Stellung nehmen, und zwar unter Adoptierung der Vergeltungsidee. Diese sei gefordert von der Kontinuität der Rechtsentwicklung; die Vergeltungsidee allein entspreche der Rechtsüberzeugung des Volkes und sei der menschlichen Natur konform. Die Sicherungsstrafe sei aus politischen Gründen unmöglich.[66])[67])

Hiernach erschiene Birkmeyer als bedingungsloser Anhänger der Vergeltungstheorie ohne jede Einschränkung. Gleichwohl schließt Birkmeyer weiterhin ein Kompromiß mit den relativen Theorien; die Vergeltungsstrafe soll zugleich als Generalprävention (durch die Strafdrohung) und als Spezialprävention (durch den Strafvollzug) wirksam werden.[68])

4. Wachenfeld[69]) sieht in der Strafe eine Äußerung der dem Staat übertragenen Ausübung des Racherechts; aus dem Rachetrieb ist die Strafe entstanden.[70])

Das oberste Prinzip für die Bemessung der Strafdrohung ist die Rücksicht auf das Staatswohl. Dieses ist auch ausschlaggebend für die Pönalisierung der Straftaten. Art und Maß der Strafdrohung werden nach Zweckgedanken bestimmt: Generalprävention durch die Strafdrohung; Spezialprävention (Zerstörung der verbrecherischen Neigung und möglichst Besserung) durch den Strafvollzug; Vernichtung des Verbrechers, sofern Selbsterhaltung und Wohl des Staates auf dem Spiele stehen.[71])

5. Auf dem Boden der Vergeltungstheorie mit Annäherung an die relativen Theorien steht weiterhin, wesentlich im Anschluß an Birkmeyer, Köhler.[72])

V. Die Vergeltungstheorie wird aus dem Gesichtspunkte der staatlichen Schutzordnung rein aufrechterhalten von Wach und Heimberger. Während die soziale Zwecktheorie aus dem Schutz-

---

[66]) Goltd. Archiv, Bd. 48, S. 70—74.

[67]) Goltd. Archiv, Bd. 48, S. 73 f.: „. . die Sicherungsstrafe ist unmöglich aus politischen Gründen, denn sie ist unverträglich mit der staatsbürgerlichen Freiheit." Dies ist ganz richtig.

[68]) Goltd. Archiv, Bd. 48, S. 75—79; Birkmeyer's Enzyklopädie, S. 1100: „Gerechte Vergeltung, aber nicht bloß quia peccatum est, sondern auch ne peccetur, und bekennen uns damit zu einer sog. Vereinigungstheorie."

[69]) Abschnitt Strafrecht, in v. Holtzendorff-Kohler's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. II, Leipzig und Berlin 1904, S. 239, 241.

[70]) a. a. O. S. 239.

[71]) a. a. O. S. 241.

[72]) Reformfragen des Strafrechts, München 1903, S. 4—16.

gedanken die Sicherungsstrafe ableitet, teilen Wach und Heimberger zwar die Schutzauffassung, aber heischen gerade aus der Idee des Schutzes die Vergeltung.

1. Nach Wach ist das Strafrecht „als Äußerung unserer praktischen Vernunft naturnotwendig, wie die Sprache, wie der Staat". Dies tritt überall hervor, „gleichviel, ob wir die Strafe gründen auf den Trieb der Selbsterhaltung, der Erhaltung der Gattung, auf den Willen zum Leben, auf das Rache- oder Rechtsgefühl, auf die Erkenntnis, daß die Schuld die Vergeltung fordere, oder daß die Übeltat als Angriff auf die Lebensbedingungen und Interessen der Gemeinschaft für diese unerträglich und nicht nur mit theoretischer Mißbilligung abzufertigen sei". Der Staat als Schutzordnung heischt die Existenz und Handhabung des Strafgesetzes.[73])

Wach fordert mithin reine Vergeltungsstrafe unter Berücksichtigung der durch Jhering gegebenen Auffassung von Staat und Recht.

2. Heimberger erklärt, mit einer an Hobbes erinnernden Begründung, das Recht überhaupt, das Strafrecht im besonderen, als Erzeugnis der Notwendigkeit, nicht der „abstrakten Gerechtigkeit". Die Beseitigung der Strafgesetze würde den Kampf aller gegen alle hervorrufen. „Die notwendige Strafe ist gerecht."[74])

§ 4. Sämtliche Straftheorien verfahren naturrechtlich in Problemstellung und -lösung.

1. Die naturrechtliche Philosophie betrachtet als Grundproblem die Rechtfertigung (Rousseau: rendre légitime) des staatlichen Zwangs, des Rechtszwangs. Daher ergibt sich für sie im Strafrecht als oberste Frage die Rechtfertigung des Strafzwangs. Der Strafzwang ist da und es handelt sich darum, ihn irgendwie als gerecht (absolute Straftheorien), oder doch als zwecknotwendig (relative Straftheorien) darzutun. Das Naturrecht will jeweils erweisen, daß das Recht — recht ist, Recht hat. Dabei bildet — dem Forscher meist nur unterbewußt — das Bestehen des Rechts (hier des Strafrechts)

[73]) Die kriminalistischen Schulen und die Strafrechtsreform, Leipziger Rektoratsrede vom 31. Oktober 1902, S. 33—35.

[74]) Der Begriff der Gerechtigkeit im Strafrecht, Leipzig 1903, S. 31—34 (vgl. das Allegat, unten § 7, Note 1); Zur Reform des Strafvollzugs, Leipzig 1905, S. 23, 27. (In dieser Schrift nähert sich Heimberger der Theorie der Sozialgefährlichkeit. Vgl. daselbst S. 26 f., 28 f.)

stillschweigendes Axiom, die Entstehung des Rechts (hier das Gewordensein des Strafrechts) kein Objekt ernstlicher Forschung.

Hingegen handelt es sich in Wahrheit grundlegend nicht um „Rechtfertigung" des Rechts, sondern um die Erfassung des philosophischen Gehalts des Rechts. Zuvörderst muß begriffen werden, worin in Wahrheit die Eigentümlichkeit, das Wesen, die Sonderart des Strafrechts beruhen. Gefördert und ergänzt wird dieser Erkenntnisprozeß durch die historische Betrachtung.[1])

Das Grundproblem der Strafrechtsphilosophie lautet richtig nicht: Straft der Staat, quia peccatum oder ne peccetur? Vielmehr geht es auf Erfassung der eigenartigen Rechtstatsache, daß alle Kulturrechte eine ganz gesonderte Rechtspartie aufweisen, die sich fundamental von den übrigen Rechtsteilen scheidet, indem jene ganz singuläre Einwirkungen auf die Person des Übeltäters ergibt.

Die Frage nach dem Strafzweck setzt die Existenz der Strafe als Axiom voraus. Wobei sich die Wissenschaft unbegreiflicherweise fast dreihundert Jahre hindurch damit begnügt hat, die an der Oberfläche haftende Formel des Grotius „malum passionis quod infligitur ob malum actionis" nachzusprechen.

Wie kommt es, daß noch heute, im Rechts- und Kulturstaat, im Namen des Rechts und der Gerechtigkeit Menschen getötet, der Freiheit beraubt, verschickt, mit Geld gebüßt werden?

Die Frage nach dem Wesen der Bestrafung (nicht nach dem Zweck der Strafdrohung oder des Strafvollzugs) erscheint demgemäß als grundlegend. Hier zeigt sich aber ohne weiteres, daß die Strafe immer anknüpft an das Verbrechen, d. h. an ein schuldhaftes Tun besonderer Art, an ein schuldhaftes Tun, das wir (im

---

[1]) Treffend Binding, Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft, in Grünhut's Zeitschrift für das Pr. und ö. Recht der Gegenwart, Bd. IV, S. (417—437), 419: „Exakte Analyse des geltenden Rechtes nicht nur der Gegenwart, sondern auch Vergangenheit: das ist der einzige Weg zur wahren Erkenntnis!" Vgl. ferner die vorzüglichen Ausführungen von R. Löning, Über geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des Strafrechts, in der Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. III, 1883, S. 219—375; S. 233: „Aber keine Wissenschaft des bestehenden Rechts ohne die Grundlage historischer Erkenntnis." S. 246: „. . weil diese Wissenschaft (scil. die Strafrechtswissenschaft) die historische Auffassung und Bearbeitung des Strafrechts, die Darlegung seines historischen Zusammenhanges so völlig vernachlässigt hat, blieb der neueren Gesetzgebung nichts übrig, als apriorischen Konstruktionen zu folgen oder den Weg des Experiments zu betreten." S. 247—261 Darlegung, wie in den letzten 100 Jahren das Naturrecht völlig die Strafrechtswissenschaft beherrschte.

augenblicklichen Stande unserer Untersuchung) nur damit bezeichnen können, es ist ein schuldhaftes Tun von der Art, daß es Strafe nach sich zieht. Das Problem der Bestrafung führt daher ohne weiteres noch einen Schritt zurück, zum Problem der Strafschuld. Das Urproblem der Strafrechtsphilosophie lautet demnach: Worin ist die Eigenart der Strafschuld, des schuldhaften Tuns, das Strafe wirkt, begründet?

2. Der zweite grundlegende Irrtum aller Straftheorien beruht in der fehlerhaften Beantwortung des Grundproblems, in der Verknüpfung der Strafschuld mit dem Willen, mit dem bösen Willen. „Der freie Wille kommt in Schuld." So argumentiert die klassische Strafrechtsschule. Der freie Wille ist ihr Grundlage und -Voraussetzung des staatlichen Rechts zur Strafe. „Der menschliche Wille ist schlechthin determiniert." Von diesem vermeintlich bewiesenen Axiom nimmt die positive Schule den Ausgang, um an Stelle der — gegenüber dem unfreien Willen ungerechtfertigten — Vergeltungsstrafe die Sicherungsmaßregel zu postulieren. Alle Schuld ist Willensschuld; alle Strafschuld wurzelt im bösen (sei es freien, sei es nezessiierten) Willen — darin gehen beide Schulen einig.

Die enge Verknüpfung des Rechts mit dem Willen ist naturrechtliche Erbschaft. Dies gilt von der Staatsrechtsphilosophie, in der man einen Willen zur Staatserrichtung und einen Willen des Staates fingiert. Dies gilt in der Theorie des Privatrechts, wo Vertrag und Rechtsgeschäft in Abhängigkeit vom Willen gesetzt werden. Dies gilt nicht minder im Strafrecht.

In Wahrheit hat es nicht das Recht mit dem Willen zu tun, sondern die Ethik. Wo Gehorsam in Frage steht, bei Erziehung des Kindes, bei Einfügung des Einzelnen unter göttliches Gebot und kirchliche Hierarchie, bei Vervollkommnung des Menschen, — hier überall gibt der gute und böse Wille den Ausschlag. Aber das Strafrecht hat es nicht mit dem Willen zu tun, sondern nur mit der Handlung. Der Wille, der sich nicht zur Tat verdichtet hat, ist für das Recht mit nichten existent.

Aus jener engen Verknüpfung der grundlegenden Theorie des Strafrechts mit dem Willen erwächst der Schulenstreit um die Willensfreiheit.

§ 5. Der Schulenstreit um die Willensfreiheit entspringt der naturrechtlichen Verknüpfung der Strafschuld mit dem Willen. Die soziologische Auffassung führt — auf das richtige Mass begrenzt — zur Vertiefung des Schuldbegriffs gegenüber der Vergeltungslehre.

1. Aus der naturrechtlichen Anknüpfung der Strafschuld an den Willen ist der Schulenstreit um das uralte, nie gelöste, nimmer lösbare Problem der Willensfreiheit entstanden, das die Gemüter so lebhaft, nachgerade bis zur Ermüdung in Bewegung gesetzt hat.[1])

[1]) Literatur über Willensfreiheit: Augustinus, De gratia et libero arbitrio, c. 2; Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, WW. Ausg. in 10 Bänden, 4. Bd., Leipzig 1838, S. 66—76; Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Einleitung §§ 4 ff., S. 34 ff., (§ 29, S. 68); Schopenhauer, Die beiden Grundprobleme der Ethik, I. Über die Freiheit des menschlichen Willens, WW. ed. Grisebach, Bd. III, S. 347—481; Herbart, Zur Lehre von der Freiheit des menschlichen Willens, Briefe, WW. ed. Hartenstein, Bd. 9, Leipzig 1851, S. 243—385; John St. Mill, System der deduktiven und induktiven Logik, deutsch von Schiel, 2. Aufl., Teil II, Braunschweig 1863, S. 439 bis 448; Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, Leipzig 1877, S. 3—35; Hrehorowicz, Grundfragen und Grundbegriffe des Strafrechts, Dorpat 1880, S. 1—62; Du Bois-Reymond, Die sieben Welträtsel, Rede vom 8. Juli 1880, Reden, 1. Folge, Leipzig 1886, S. 398—410; Schuppe, Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie, Breslau 1881, S. 366—378; Gustave Le Bon, L'homme et les sociétés, P. I, Paris 1881, chap. VII, Développement de la volonté, p. 438—455 (p. 447—455 wird der Determinismus begründet, mit dem Untertitel: Nécessité de nos Actions. Le Fatalisme scientifique); Janka, Die Grundlagen der Strafschuld, Vortrag, Wien 1885; Wilh. Windelband, Präludien, Freiburg i. B. und Tübingen 1884, S. 211—246 (Normen und Naturgesetze); Birkmeyer, Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht, Rostock 1885, S. 67—69; Kohler, Das Wesen der Strafe, Würzburg 1888, S. 4 f.; Kohler, Studien aus dem Strafrecht, I, Mannheim 1890, S. 107 f.; Kirn, in v. Holtzendorff's Handbuch des Gefängniswesens, Bd. I, Hamburg 1888, S. 37—42; Hugo Meyer, Die Willensfreiheit und das Strafrecht, Erlangen und Leipzig 1890; Klippel, Determinismus und Strafe, Z. X, S. 534—573; v. Liszt, Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, Z. XIII, S. 325—370; Liepmann, Die ethischen Grundlagen des Schuldbegriffs, Z. XIV, S, 446—459; Ludwig Traeger, Wille, Determinismus, Strafe, Berlin 1895; v. Bar, Probleme des Strafrechts, Festrede, Göttingen 1896, S. 9 bis 12; Birkmeyer, Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung, Z. XVI, S. 98; Fr. Schäfer, Begründung der Zurechnungsfähigkeit ohne Willensfreiheit, Z. XVI, S. 161—197; v. Bülow, Willensfreiheit und Strafrecht, ebenda S. 582—601; Vargha, Die Abschaffung der Strafknechtschaft, Teil I, Graz 1896, S. 271—359; Jodl, Lehrbuch der Psychologie, Stuttgart 1896, S. 721 ff.; van Calker, Strafrecht und Ethik, Leipzig 1897, S. 7—14, 21 f.; Oetker, Rechtsgüterschutz und Strafe, Z. XVII, Exkurse, I. Die Willensfreiheit und das Strafrecht, S. 549—553 (S. 549: „Der ganze endlose Streit über die Willensfreiheit ist im Grunde nichts anderes als ein Streit über die Beweislast . . . . jede Partei sucht der anderen einen unmöglichen Beweis aufzubürden . . ."; S. 551: „Das Strafrecht gewinnt an Selbständigkeit und

2. Das Problem der Willensfreiheit ist exakter Lösung unzugänglich.

verliert nichts an Würde, wenn es auch in der Frage der Zurechnungsfähigkeit sich aus der Abhängigkeit von der Metaphysik befreit"); Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage, Berlin 1897, S. 64—74, 74—97; Wilhelm Stern, Kritische Grundlegung der Ethik als positiver Wissenschaft, Berlin 1897, S. 266—301; Hanns Groß, Kriminalpsychologie, Graz 1898 (2. Aufl., 1905, war mir nicht zugänglich), S. 371—375 (über den Willen); Natorp, Sozialpädagogik, Stuttgart 1899 (2. Aufl., 1904, war mir nicht zugänglich), S. 5, 86, 47—68, 259; Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, Berlin 1900, S. 163—167; J. M. Baldwin, Das soziale und das sittliche Leben, erklärt durch die seelische Entwicklung (Social and Ethical Interpretations in Mental Development, übersetzt v. R. Ruedemann, bevorwortet von Paul Barth), Leipzig 1900, S. 285—354; v. Krafft-Ebing, Lehrbuch der gerichtlichen Psychologie, 3. Aufl., 2. Ausg., Stuttgart 1900, S. 12—16; G. Tarde, La philosophie pénale, 5. éd. (8. Aufl. war mir nicht zugänglich), Paris 1900, p. 12—22; Berner, Wie kommt es, daß Adolf Merkel im Strafrecht den Determinismus vertritt? (Berliner Festgabe für Dernburg, S. 173—182), Berlin 1900; Max Ernst Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, Leipzig 1901, S. 37, 72—101; A. Hoche, Die Freiheit des Willens vom Standpunkte der Psychopathologie (Grenzfragen des Nerven- und Seelenlebens, herausg. von Löwenfeld und Kurella, Nr. 14), Wiesbaden 1902; Müffelmann, Das Problem der Willensfreiheit in der neuesten deutschen Philosophie, Leipzig 1902 (daselbst Literaturangaben im Anhang, S. 112 f.); R. Loening, Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre, Bd. I, Die Zurechnungslehre des Aristoteles, Jena 1903, S. 273—318; Rob. v. Hippel, Willensfreiheit und Strafrecht, Z. XXIII, S. 396 bis 422 (auch selbständig erschienen, Berlin 1903); Alex. Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, Bd. I, Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Jena 1903, S. 51—73; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, München 1903, S. 40—109, 350—352 (dort reiche Literaturangaben); Rechtsphilosophische Studien, München 1903, S. 10—14; Oskar Pfister, Die Willensfreiheit, eine kritisch-systematische Untersuchung, Berlin 1903; Kohler, in v. Holtzendorff-Kohler's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. I, S. 57; Kohler, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Leipzig 1905, S. 149 bis 152; Max Offner, Willensfreiheit, Zurechnung und Verantwortung, Leipzig 1904; Wilh. Windelband, Über Willensfreiheit, 12 Vorlesungen, Tübingen und Leipzig 1904; Birkmeyer, in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin 1904, S. 1100, 1122 f. (für die Willensfreiheit); Torres, Willensfreiheit und wahre Freiheit, München 1904; Petersen, Willensfreiheit, Moral und Strafrecht, München 1905; v. Rohland, Die Willensfreiheit und ihre Gegner, Leipzig 1905; dazu: Petersen, Der neueste Gegner des Determinismus, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. II, 1905, S. 657—667; Beling, Grundzüge des Strafrechts, 3. Aufl., Tübingen 1905, S. 53 f.; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, III. Bd., Tübingen 1905, S. 253—282; A. Graf zu Dohna, Die Elemente des Schuldbegriffs, im Gerichtssaal, Bd. 65, 1905, S. 318; Cathrein, Die Grundbegriffe des Strafrechts, Freiburg i. B. 1905, S. 19—56, 90—98, (S. 56 für die Willensfreiheit); E. V. Zenker, Soziale Ethik, Leipzig 1905, S. 104—118; Paulsen, System der Ethik, 7. und 8. Aufl., Stuttgart und Berlin 1906, Bd. I, S. 455—477; J. Mack, Kritik der Freiheitstheorien, Leipzig 1906; Petersen, Religion, Determinismus und Fatalismus, in der Monatsschrift für Kriminalpsychologie

Vornehmlich aus folgenden Gründen:

a) In präziser Formulierung geht das Problem auf die Frage: hätte der konkrete Mensch A in der gegebenen Situation n auch anders wollen, und demnach handeln können, als er gehandelt hat? — Eine direkte Antwort ist unmöglich.

b) Daher verbleiben nur indirekte Lösungsversuche. Ihre Schwierigkeit ergibt sich daraus, daß die beiden Begriffe Wille und Freiheit nicht mit jener Schärfe faßbar sind, die notwendig wäre, um eine einwandsfreie Antwort zu ermöglichen.

Der Begriff des Willens kann im Grunde nur indirekt, mittelbar bestimmt werden. Wille ist jener psychische Akt, jenes psychische Moment, das eine Handlung auslöst. Die moderne Psychologie hat überdies das Wollen derart zerfasert, in Begehren, Vorstellung, Reproduktions- und Associationsbestandteile zerlegt, daß ein eigenartiges, charakteristisches Moment überhaupt nicht übrig bleibt.[2]) Mit Unrecht. Die psychophysiologische Forschung verfährt mit dem Willen ähnlich, wie der Anatom mit dem menschlichen Körper. Der Anatom, wie der moderne Psycholog analysieren ihr Objekt, finden hierbei nur materielle Bestandteile und leugnen die Existenz jenes X, das aus der Gesamtheit der Bestandteile etwas Neues macht, etwas Selbständiges hervorbringt. Der Wille ist für die Psyche des Menschen, was die Lebenskraft für den Menschen als leibliches Wesen ausmacht. Die ältere Forschung fehlte darin, daß sie eine selbständige „Kraft" (Willenskraft, Lebenskraft) annahm, gleichsam einen mechanischen Faktor sezte, dessen Hinzutreten die Bestandteile (des Willens, des Leibes) zur organischen Einheit machen würde. In Wahrheit sind die Psyche, wie der lebende Organismus, mit den Mitteln der Wissenschaft von heute nicht restlos deutbar. Die Wissenschaft vermag wohl zu analysieren (den Willen, wie auch den Leib), aber diese Analyse ist keine restlose. Bei der Analyse entschwindet der wesentliche Faktor, der das Objekt der Analyse zum Organismus, zur Realität macht. Denkt man sich aus den analysierten Bestandteilen (des Willens, des Leibes) das Objekt wieder zusammengesetzt, so fehlt das Wesentliche, die Aktivität beim Willen, das Leben beim Leib. Die Analyse erklärt den Willen oder den Leib — nicht des lebenden Menschen, sondern des Leichnams. Jenes immaterielle Moment, das (nach neovitalistischer

und Strafrechtsreform, Bd. III, Heft 5/6, 1906, S. 335—352; Birkmeyer, Schutzstrafe und Vergeltungsstrafe, S. 7 f.

[2]) Vgl. Berolzheimer, System, Bd. IV, S. 88—93.

Auffassung) das Phänomen des Lebens in sich birgt, ist bis heute der Deutung verschlossen. Damit ist aber zugleich der Wille in seiner Eigenart undeutbar, denn Wille und Leben sind im Grunde nur verschiedene Bezeichnungen für ein und dasselbe, für die Qualität eines Wesens als Organismus.

Der Wille ist Appendix des Lebens. Die Lebewesen und nur diese sind willenbehaftet. Wollen ist die Fähigkeit der Spontaneität, der Aktivität, des Eingreifens in die Um- und Mitwelt, der aktiven Kausalität. Schon aus diesem Grunde bleibt das Problem der Willensfreiheit solange unlösbar, als nicht das Phänomen des Lebens wissenschaftlich exakt beantwortet ist.

Aber auch der Begriff der Freiheit unterliegt keiner schlechthin einwandsfreien Deutung. Er ist abhängig vom Kausalproblem und bleibt all den Zweifeln unterworfen, mit denen die philosophische Untersuchung des Kausalbegriffs zu kämpfen hat.[3])

c) Dazu kommt die Verschiebung des Streitpunktes, die von Kant bis heute zunehmend eingetreten ist. Die ursprüngliche Problemstellung, wie sie insbesondere bei (dem Fatalisten) Spinoza mit großer Deutlichkeit besteht, lautet: Ist der menschliche Wille frei? Mit der Antwort: Ja, soweit er frei von Begierden ist, als sittlicher Wille.

Die moderne Forschung über Willensfreiheit stellt hingegen — insbesondere mit und seit Schopenhauer (in Fortführung der Lehre Kants) — das toto coelo verschiedene Problem: **Entsteht** der menschliche Wille frei?

3. Im Willen liegt die Fähigkeit der Aktivität, die Sondergut der Lebewesen, aller Lebewesen ist. Dies wird von den Anhängern der Maschinenperspektive (Ferri: der Mensch ist eine Maschine) nicht gewürdigt.

Die deterministische Hypothese ersieht im Menschen ein Analogon zu den anorganischen Teilen der Natur und folgert durch Analogie: wie dort die mechanischen Gesetze regieren und herrschen, so hier die psychophysiologischen. Hierbei wird jedoch verkannt, daß beim Menschen und seiner Willensbildung zwei Eigenschaften in Betracht kommen, die dort fehlen: Leben und Vernunft; — zwei Eigenschaften, bezüglich deren man zwar das Unterworfensein unter mechanische Naturgesetze annehmen kann, aber nur mittels einer Hypothese, nicht mit exaktwissenschaftlicher Begründung. Der

[3]) Vgl. Edm. Koenig, Die Entwicklung des Kausalproblems von Cartesius bis Kant, Leipzig 1888; Die Entwicklung des Kausalproblems in der Philosophie seit Kant, 1890; Berolzheimer, System, Bd. IV, S. 144—159.

mechanischen Naturauffassung tritt die organische entgegen, die die Persönlichkeit, die Aseität des Menschen anerkennt.[4])

4. Bei Beantwortung des Problems der Willensfreiheit wird die Menschheit in letzter Linie[5]) von gefühlsmäßigen Faktoren geleitet: Aktivitäs-, Passivitätsgefühl.

Das Problem führt eben immer auf die Frage der Aktivität des Willens zurück. Der energiebegabte, aktivfühlende Angehörige westländischer Kultur erblickt das Schwergewicht der Bedingungen, den ausschlaggebenden Faktor in der unendlichen Gesamtzahl der erfolgsbedingenden Momente in dem Willen, in der Aktivität (Spontaneität) des Handelnden selbst; der passive Orientale sieht die Persönlichkeit durch die äußeren Momente auf den Nullpunkt der Freiheit herabgedrückt.

Daher bemerkt Nietzsche ganz treffend, es kommt schließlich nur auf starken und schwachen Willen an. Der Wille des Aktiven ist frei, jener der passiven Naturen gebunden.

5. Der richtige Kern, der in der Willenslehre steckt, beruht darin, daß man mit der Bezeichnung Wille, Willensakt etwas Anderes, nämlich die (wollende und demgemäß mit Willen) handelnde Persönlichkeit im Auge hat; so daß mit dem Worte „Wille" — allerdings ganz schief und unvollkommen — die besondere Beziehung zum Ausdruck kommt, die bei der Strafschuld zwischen dem Handelnden, der als Herr seiner Entschließung erscheint, besteht, und jenem Moment, woraus die Handlung entspringt, nämlich der Persönlichkeit.

Das Problem lautet richtig nicht: Ist der Wille frei?; sondern: Ist der Wille zurechenbar? Zurechenbar ist aber der Wille, sofern er als Ausfluß der Persönlichkeit erscheint. Daher ist nicht zurechenbar die Willenstat des Trunkenen, nicht die des Menschen, der keine Persönlichkeit (im Rechtssinne) besitzt, des Kindes, des Geisteskranken. Darum besteht geminderte Schuld, wenn und soweit die Tat nicht ausschließlich Ausfluß der Persönlichkeit ist

---

[4]) Treffend gegen materialistischen Determinismus, für die Bejahung der Persönlichkeit: van Calker, Politik als Wissenschaft, Rede, Straßburg 1898, S. 14, 45. Vgl. dazu van Calker, Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, Deutsche Juristenzeitung, II. Jahrg. 1897, S. 25 ff.; Strafrecht und Ethik, 1897, S. 7 ff.

[5]) In erster Linie kommt es auf die Betrachtungsart an. Der chaotischen Betrachtungsart, die die Welt als Ganzes mit der Summe ihrer Zusammenhänge ins Auge faßt, erscheint der menschliche Wille unfrei; die differenzierende Betrachtungsart, mit der die menschliche Erkenntnis überhaupt anhebt, ersieht innerhalb des Ganzen die Einzelnen als Individualitäten. Ihr erscheint der menschliche Wille als selbständige Realität und deshalb frei. Vgl. Berolzheimer, System, Bd. I, S. 131—135.

(Affekt, Gelegenheit), oder wenn die Persönlichkeit im Rechtssinn, die (Straf-)Rechtspersönlichkeit des Handelnden von der Rechtsordnung nur als unvollkommene anerkannt wird, sei es, weil die Persönlichkeit noch nicht voll entwickelt ist (Adoleszenz), sei es, weil sie durch Krankheit oder Krankhaftigkeit beeinträchtigt ist (Fälle der geminderten Zurechnungsfähigkeit).

In Wahrheit handelt es sich eben im Recht überhaupt nicht um den „Willen", weder im Zivilrecht um den rechtsgeschäftlichen, noch im Strafrecht um den „bösen" Willen, vielmehr hier wie dort um die Betätigung der Persönlichkeit. Die zivilistische Wirksamkeit ist Betätigung der persona mit ihrem Vermögen oder ihrer Arbeit (Sach- oder Personalleistung). Die strafrechtliche, das Verbrechen, ist Betätigung der rechtsfeindlichen (einer bestimmten Rechtskultur entgegentretenden) Persönlichkeit.

Dort treten Wirkungen ein, die das Vermögen, hier solche, die den Rechtsträger treffen. Hier wie dort ist die rechtliche Würdigung eine **personalreale**, d. h. zunächst sachlich, aber die Person mit ergreifend. Die Wertung ist im Strafrecht eine sittliche (nur) insoweit, als hier der Rechtsträger in der psychischen Sphäre seiner Persönlichkeit (mit-)betroffen wird.

Es kommt demnach nicht auf den Willen und seine Freiheit an, sondern auf die Persönlichkeit und ihr Handeln. Der Streit der Kriminalistenschulen um die Willensfreiheit ist daher — ein Schulenstreit.

6. Dieser Schulenstreit entbehrt jedoch nicht des tieferen Hintergrundes: Die Vergeltungstheorie betrachtete den Menschen als einzelpsychologisch motiviert, die deterministische Auffassung ersieht ihn als sozial motiviert. Dort erscheint der Einzelne nur als Einzelwesen (atomistische Auffassung des Naturrechts), hier nur als Glied der sozialen Gesamtheit.

Zur Zeit der klassischen Philosophie, von Kant bis Hegel, behauptete die Vergeltungstheorie die (zwar nicht unbestrittene) Herrschaft, während in der Gegenwart die soziologische Schuld- und Strafauffassung (Verbrechen = antisoziale Tat; Strafe = soziale Reaktion gegen Verletzung oder Gefährdung besonders schutzwürdiger oder schutzbedürftiger Sozialinteressen) an Einfluß zunehmend gewinnt. Die einzelnen Zweige der praktischen Philosophie stehen eben regelmäßig in Abhängigkeit von der jeweiligen Hauptrichtung der Metaphysik. Die Sozialphilosophie hat sich in den letzten Dezennien der Domäne der Rechtsphilosophie überhaupt,

und damit auch der Strafrechtsphilosophie bemächtigt. Ganz folgerichtig wird der Versuch unternommen — so früher von Garofalo, neuerdings von Makarewicz — die Strafe nicht mehr als spezifische Rechtserscheinung des innerstaatlichen Lebens zu erfassen, sondern als soziale Struktur, die schon vor der Entstehung von Recht und Staat bestanden habe.

Hand in Hand damit geht die schon erwähnte veränderte psychologische Anschauung. Der Kern der Vergeltungstheorie besteht in der individualpsychologischen Auffassung. Wie das Naturrecht überhaupt die Gesamtheit als aus lauter Menschenatomen zusammengesetzt denkt und konstruiert — die sich im Staatsvertrag zur Staatserrichtung zusammenschließen; die im Privatrecht jeder auf sich allein gestellt sein sollen —, so auch im Strafrecht. Die Sozialphilosophie hingegen hat die sozialen Zusammenhänge — zwar nicht entdeckt; der Vorzug der Entdeckung gebührt den alten Orphikern; neubelebt wurde der Gedanke durch die Sozialisten, vornehmlich von Lassalle —, aber in den Vordergrund der Betrachtung gestellt. Und wie es immer zu gehen pflegt, so vermag auch hier ein richtiger Gedanke sich nur durch einen gewissen Überschwang der Geltungsbehauptung durchzusetzen. Der richtige Gedanke lautet: Der Mensch ist nicht nur individual-, sondern zugleich sozialpsychologisch motiviert. Die Bestimmungsgründe, die auf den Willen fördernd und hemmend eindringen, kommen nicht nur aus der Brust des Einzelnen, sondern erwachsen auch aus der jeweils herrschenden Kultur, aus dem sozialen und Rechtsorganismus, dem der Einzelne zugehört. Der Überschwang, mit dem dieser Gedanke Geltung heischt, lautet: Determinismus.

Der bedeutsame Hintergrund, der den deterministischen Schulenstreit über die Unfruchtbarkeit, die sonst einem Schulenstreit anhaftet, hinaushebt, liegt in der tieferen Erfassung der psychologischen Motivierung der Einzelnen. Hieraus ergibt sich (nicht, wie der Determinismus regelmäßig vermeint, der Ersatz der Strafschuld durch die Sozialgefährlichkeit, wohl aber) eine **Vertiefung des Schuldbegriffs** durch die weitreichende strafrechtliche Berücksichtigung der sozialpsychologischen Faktoren der Motivation: der Einzelne erscheint für seine Tat voll haftbar nur, sofern sie seiner Persönlichkeit entspringt. Die Verantwortung ist um so geringer, je weniger die Persönlichkeit des Verbrechers Quelle der Verbrechenstat bildet.

Zweites Kapitel.

Die Persönlichkeit und ihr Verschulden.

§ 6. Die Persönlichkeit im Sinn des Strafrechts.

1. Für das Recht kommt der Mensch nicht als Naturwesen in Betracht, sondern nur als Person. Person bedeutet Rechtssubjekt.

Im Zivilrecht hat man dies in der Neuzeit mit großer Klarheit erkannt (oder wiedererkannt); dort hat vornehmlich Gierke die Lehre von der Person im Kampfe gegen die Fiktionstheorie (bezüglich der juristischen Person) begründet.[1])

In der Ethik ist durch Kant, namentlich in jener Formulierung, die dem Kant'schen Sittengesetz durch den Neukantianer Hermann Cohen gegeben wurde, die Menschheitsidee zur Anerkennung gelangt. Der Mensch ist sittliches Wesen, nicht als Mensch im Sinne der Psychologie, sondern als Träger der Menschheitsidee. Die Idee des Sittengesetzes ist gleichbedeutend mit der Idee der Menschheit. „Und die Realität beider Ideen besteht in nichts anderem, als daß die Menschheit in den Menschen sich realisiere."[2]) Die Ethik bedeutet die Erhebung des Menschen zur Persönlichkeit.[3])

Was für das Privatrecht die Person, was für die Ethik die ethische Persönlichkeit bedeutet, das ist für das Strafrecht die Persönlichkeit im Rechtssinne.

2. Man kann das Strafrecht in keinem seiner Teile begreifen, wenn man nicht davon ausgeht, daß die Rechtssubjekte des Straf-

[1]) Vgl. Berolzheimer, System, Bd. IV, S. 25—31.

[2]) Cohen, Kant's Begründung der Ethik, Berlin 1877, S. 273, 275 ff.; Cohen, System der Philosophie, II. Teil, Berlin 1904, Ethik des reinen Willens, S. 7, 21, 595. Vgl. dazu Berolzheimer, System, Bd. II, S. 410—412.

[3]) Vgl. Berolzheimer, System, Bd. III, S. 134, 188.

rechts (d. h. die Verbrechenssubjekte und die Strafobjekte, die Subjekte der Verbrechensbegehung und die Objekte der Straferduldung) nicht die Menschen als solche sind, sondern der Mensch als Persönlichkeit.

Darin liegt der Schlüssel für die innere Struktur des ganzen Strafrechts. Nicht der Mensch wird bestraft, — die Kinder, die Geisteskranken, die in echter Not Befindlichen begehen schuld- und straflos Verbrechenstaten. Nicht der böse Wille wirkt Strafe, nicht der sozialgefährliche Wille wird reprimiert — der Wille und seine Zucht gehören der Schule und der Kirche an, der Wille als rechtsphilosophische Grundtatsache dem Naturrecht. Die Persönlichkeit ist Subjekt des Verbrechens, Objekt der Bestrafung.

Die Persönlichkeit ist der Mensch in seiner psychischen Gesamtdisposition, — das was religiös als Seele, ethisch als Charakter bezeichnet wird, ist strafrechtlich Persönlichkeit. Die Persönlichkeit ist es, kraft deren bezüglich des einzelnen Menschen Kontinuität besteht. Der menschliche Leib setzt sich aus Millionen von Zellen zusammen, die steter Veränderung, Abstoßung alter und Bildung neuer Teile unterliegen; die menschliche Psyche wird durch zahllose Neigungen, Triebe, Eindrücke ständig beeinflußt und modifiziert. Gleichwohl erscheint der Mensch A von gestern, von heute, von morgen als Einheit, als ein und dasselbe Wesen. Diese Einheit oder Kontinuität ist nicht physiologisch, noch psychophysiologisch begründet; sie besteht nur kraft der Einheit eines immateriellen, eines ideellen Momentes, und dieses ideelle Band, dieser Träger der Einheit ist die Persönlichkeit. Die Persönlichkeit ist das (immaterielle) Merkmal, das den einzelnen Menschen kennzeichnet, individualisiert, zum Eigenwesen stempelt. Wie der Mensch für das Zivilrecht nur als Person, als Rechtssubjekt, in Betracht kommt, so für das Strafrecht als Persönlichkeit.

3. Verbrechensobjekt und Objekt der Bestrafung ist nicht der Mensch als solcher, sondern als Persönlichkeit, aber nicht als ethische Persönlichkeit, sondern als Persönlichkeit im Rechtssinne. Die Persönlichkeit im Rechtssinn verhält sich zu jener im ethischen Sinne, wie das Metallgeld zum Metall. Aus der ethischen Persönlichkeit wird der Begriff entnommen, er wird aber zugleich gemäß den Anforderungen der Rechtsordnung (wie diese nach dem jeweiligen Stande der Rechtskultur erscheinen) präzisiert und teilweise umgeformt.

Die ethische Persönlichkeit ist durch den Charakter gekenn-

zeichnet. Die Persönlichkeit im Strafrecht wird durch Taten bestimmt, von denen die Rechtsordnung präsumiert, daß sie Charakterbetätigung sind. Die ethische und die strafrechtliche Persönlichkeit sind daher verwandt, aber nicht identisch; sie sind inkongruent.

Der Begriff der Persönlichkeit im Strafrechtssinn ergibt sich aus der jeweiligen Rechtsordnung, liegt dem jeweiligen Strafrecht zu Grunde, ist maßgebend für seine Ausgestaltung. Die Persönlichkeit im Strafrechtssinn ist daher verschieden je nach der Rechtskultur — der Zauberglaube minderer Kultur läßt Hexen und andere Zauberschädlinge schuldig werden und unschuldig verbrennen; einer primitiven Rechtskultur erscheint in ihrer anethischen Ausgestaltung auch der schuldlose Unrechtstäter als Verbrechenssubjekt. Die Persönlichkeit im Strafrechtssinn ist weiter verschieden je nach dem konkreten Inhalt der Rechtsordnung: Die Verschiedenheit der Bestimmungen über Beginn der Strafmündigkeit, Rechtsfolgen der Notwehr, Ausdehnung des Notstands, des strafbaren Versuchs, der fahrlässigen Verbrechen wirkt verschiedene Gestaltung der Strafrechtspersönlichkeit.

Die Persönlichkeit im Rechtssinn wird bestimmt durch den Stempel, den das Strafrecht dem rechtswidrigen Tun aufdrückt. Der Begriff steht in Abhängigkeit von der jeweiligen Rechtskultur und Rechtsordnung.

Persönlichkeit im Strafrechtssinne ist der Mensch, insoweit er als Subjekt des Verbrechens und als Objekt der Bestrafung nach der Rechtsordnung in Frage kommen kann.

§ 7. Die Persönlichkeit als Grundlage der Strafschuld. I.

Rechtsphilosophische Darlegung.

1. Man hat versucht, aus der Idee der Ordnung das Strafrecht zu erklären.[1]) Die Idee der Ordnung ist wohl ein Grundprinzip des

[1]) So Heimberger, Der Begriff der Gerechtigkeit im Strafrecht, Leipzig 1903, S. 31—34: „Wie aber das Gesetz überhaupt, so ist auch das Strafgesetz, das geschriebene wie das ungeschriebene, ein Erzeugnis der Notwendigkeit, nicht etwa der abstrakten Gerechtigkeit. Es läßt sich noch heute eine einfache Probe auf die Richtigkeit dieses Satzes machen. Wir brauchen nur zu fragen: warum hebt der Staat seine Strafgesetze nicht auf? Werden wir auf diese Frage etwa erwidern: „Damit die Gerechtigkeit nicht Schaden leide, damit das öffentliche Gewissen gewahrt, damit die gerechten Werturteile über die Übeltaten gefällt werden?" — Nein! Die mir ganz selbstverständlich scheinende Antwort ist: weil der Staat von einer Beseitigung der Strafgesetze den Kampf aller gegen alle, die Vernichtung jeglicher

Rechts, aber sie reicht nicht hin, daraus das Strafrecht, die Eigenart der Strafschuld und der kriminellen Strafe aufzuhellen. Die Strafschuld kann man nicht aus einem realen Gesichtspunkte (Ordnung, Rechtsordnung, Rechtsgüterschutz, Erhaltung des Friedens,[2]) Verbrechen, sozialgefährliche Handlung) begreifen, sondern nur aus dem personalen des Verbrechers. Die verbrecherische Handlung, wie auch die Reaktion gegenüber dem begangenen Verbrechen knüpfen unmittelbar, untrennbar an die Persönlichkeit an. Im Zivilrecht ist die Leistung, das Objektive ausschlaggebend, der Leistende tritt ganz zurück — Stellvertretung, Vollmacht, Leistung zu Gunsten oder Lasten des Dritten sind hier möglich und häufig. Im Strafrecht ist die Tat als solche, die Tat ohne Verknüpfung mit einem bestimmten Subjekt rechtlich unbedeutsam; die Tat findet ihre Würdigung nur in der Verknüpfung mit dem Subjekt, das eben Persönlichkeit (Strafrechtssubjekt) sein muß und nur persönlich mit strafrechtlicher Relevanz handeln und nur persönlich büßen kann. —

Wenn man das römische Zivilrecht ins Auge faßt, auf dem die modernen Kulturprivatrechte im wesentlichen aufbauen, ergibt sich ein Zentralbegriff, von dem aus der Maßstab für die einzelnen Bestimmungen der Rechtsordnung entnommen ist: der paterfamilias, der diligens paterfamilias. Wie urteilt und handelt der Normaltypus des römischen Bürgers, der paterfamilias? Mit Beantwortung der Frage ergibt sich die Grundlage für die römische privatrechtliche Konstruktion. Leibniz hat dies erkannt oder zum mindesten empfunden, indem er den vir bonus in den Mittelpunkt der Rechtsphilosophie stellte. Der vir bonus des Leibniz ist — wie man modern sagen würde — der mit dem richtigen sozialen Instinkt Begabte,

---

Ordnung, weil er seinen eigenen Untergang fürchten und mit Recht fürchten müßte. . . . Das Quos ego des Strafgesetzgebers muß uns in die Ohren tönen, damit wir Ordnung halten. Die eiserne Notwendigkeit also, nicht eine vage Vergeltungsidee ist es, die dem Herrscher das Richtschwert in die Hand drückt. Ist die Strafe zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung aber notwendig, so ist sie auch gerecht. . . Die notwendige Strafe ist gerecht."

Die Darlegung erinnert an Hobbes (bellum omnium contra omnes). Sie scheitert an ihrer historischen Unhaltbarkeit.

Vgl. auch Heimberger, Zur Reform des Strafvollzugs, Leipzig 1905, S. 23, 27.

[2]) Paulsen, System der Ethik, 7. und 8. Aufl., Stuttgart und Berlin 1906, Bd. II, S. 151: „Der Zweck der Strafe ist der eine: Die Erhaltung des Friedens und der Sicherheit." Cathrein, Die Grundbegriffe des Strafrechts, Freiburg i. B. 1905, S. 120: „. . . von Niemandem bestritten, daß der unmittelbare Grund des staatlichen Strafrechts in der Notwendigkeit desselben zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung liegt."

der die Sorge für die eigenen Interessen mit der Teilnahme an fremdem Wohl harmonisch vereint.[3])

Das Zivilrecht baut auf aus dem Gesichtspunkte des Normalmenschen, des Bürgers, des Rechtsgenossen, wie er sein soll. Dem Strafrecht liegt der entgegengesetzte Typus zu Grunde, der vir malus, der schlechte Mensch, der Antipode des diligens paterfamilias, der Mensch — wie er nicht sein soll.

Dieser vir malus, der (rechtsphilosophische) Urtyp des Verbrechers ist nicht der unsittliche oder der besonders unsittliche Mensch. Die Versuche, das Verbrechen als die unsittliche Tat darzustellen, halten nicht stich. Die Unsittlichkeit als solche ist nicht das Verbrechen, das strafwürdig ist, sondern das Laster, das Tadel verdient.[4])

Der Verbrecher ist auch nicht der sozialgefährliche oder antisoziale Mensch, wie die soziologische Strafrechtsschule lehrt. Zuvörderst handelt es sich im Strafrecht, in seiner Gestaltung von den ältesten Zeiten bis zur Gegenwart, nie um „gefährliche" Menschen, nicht um das zu erwartende künftige Tun, sondern um Schuldige, mit (Straf-)Rechtsschuld Beladene; die Strafe ist stets auf die Vergangenheit gerichtet. Weiter aber ist nicht die „soziale" (oder antisoziale) Beziehung und Tätigkeit des Verbrechers Gegenstand des Strafrechts, sondern die rechtswidrige. Es ist ein rechtswidriges Tun von besonderer Färbung, das, sofern es als Ausfluß der Persönlichkeit erscheint, den Täter zum Verbrecher stempelt. Die Persönlichkeit, die vom Normaltyp nach der schlechten Seite wesentlich abweicht, ist der Krystallisationspunkt, um den sich das Strafrecht gruppiert; ihr Tun erscheint als das strafwürdige. Beschaffenheit und Merkmale des vir malus werden aber nicht durch aprioristische Konstruktion gefunden, sondern bestimmen sich verschieden gemäß den verschiedenen Stufen der Rechtskultur.

---

[3]) „Vir bonus . . est qui amat omnes, quantum ratio permittit . . . . . Amare autem sive diligere est felicitate alterius delectari, vel quod eodem redit, felicitatem alienam asciscere in suam." Leibniz, De notionibus iuris et iustitiae, 1693 (WW. ed. J. Ed. Erdmann, Berolini 1840, p. I, pag. 118).

Vgl. dazu Berolzheimer, System, Bd, II, S. 178.

[4]) Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 5. Aufl., Straßburg 1894, S. 226: „Laster . . . ahd. lastar . . gehört . . zu . . lahan ‚tadeln' . ." Paul, Deutsches Wörterbuch, Halle a/S. 1896, S. 272: „Laster. Die Grdbd. ‚Tadel', ‚Schmähung'. . . ."

Vir malus und unsittlicher Mensch sind nicht identisch. Ihre Abgrenzung ist verschieden je nach der Rechtskultur. Die bestimmenden Merkmale werden dem vir malus jeweils durch die Rechtsordnung aufgedrückt. Vir malus ist der schuldbehaftete Mensch, der Mensch, der aus und kraft seiner Persönlichkeit in Schuld verfällt und deshalb in Strafe verfangen wird.

2. Die dargelegte Auffassung der Persönlichkeit als der Grundlage der Schuld erhebt nicht den Anspruch auf Originalität. Im Gegenteil! Sie ist nichts als die präzise Fassung und rechtliche Fixierung eines Gedankens, der von einer Reihe von Philosophen der alten und der neuen Zeit — allerdings vorwiegend mit Bezug auf die ethische Schuld — ausgesprochen wurde.

Vorbildlich ist der klassische Satz des Heraklit: *ἦθος ἀνθρώπῳ δαίμων.*[5])

Auch Aristoteles hat dem Gedanken bei der (ethischen) Zurechnungslehre Ausdruck gegeben. Das Grunderfordernis für die Erteilung von Lob und Tadel ist nach der Nikomachischen Ethik, daß die Handlung *ἑκούσιον* ist, daß der Handelnde *ἑκών* gewesen sei.[6]) Dies ist (nach der Psychologie des Aristoteles) der Fall, sofern die *ἀρχὴ ἐν τῷ πράττοντι* war,[7]) d. h. die Handlung aus der Persönlichkeit des Handelnden hervorging.[8]) Zurechenbar ist die Handlung nach der Nikomachischen Ethik, wenn „*ἐφ' ἡμῖν εἶναι*" auf sie zu-

---

[5]) Alexander Aphrodisiensis, De fato, § 6, überliefert als Ausspruch des Heraklit das Wort: *ἦθος γὰρ ἀνθρώπῳ δαίμων* (Alexandri Aphrodisiensis De fato et de eo quod nostrae est potestatis, in der mit lateinischer Übersetzung versehenen Ausgabe, Londini 1658, p. 28).

[6]) Siehe R. Loening, Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre, I. Bd., Die Zurechnungslehre des Aristoteles, Jena 1903, S. 130—167, und die dort gegebenen Allegate.

Man vgl. dazu die Bezeichnung des schuldhaften Tuns als „voluntarie" facere nach deutschrechtlicher Auffassung. Siehe Osenbrüggen, Das Strafrecht der Langobarden, Schaffhausen 1863, S. 32: „Zur Bezeichnung des rechtswidrigen Willens kommt zwar dolus und dolose vor (Roth. 9, 305; Grimow. 7; Liutpr. 136), aber der stehende Ausdruck ist: asto animo, asto, astu, und Rothar erklärt einfach: „Si quis casam alienam asto animo quod est voluntarie incenderit." (Roth. 146, 149, 201, 248, 264, 342, 344, 345, 357; Grimow. 7; Liutpr. 71, 148, 153) . . . . Der Begehung asto animo i. e. voluntarie steht gegenüber: nolendo oder nolens fecit (Roth. 75, 138, 147, 387; Liutpr. 136: . . . .)."

[7]) Vgl. R. Loening, a. a. O. S. 135.

[8]) Zu eng deutet Loening, a. a. O. S. 135, die *ἀρχὴ ἐν τῷ πράττοντι* dahin, „daß die Handlung aus dem Begehren des Handelnden entsprungen ist".

trifft, mit anderen Worten, wenn sie der Persönlichkeit des Handelnden zugehört.[9])

Kant[10]) und Schopenhauer[11]) erklären den Menschen verantwortlich für seinen Charakter, weil der Mensch als (ethische) Persönlichkeit eben nichts anderes ist, als sein Charakter. Die ethische Persönlichkeit wird bestimmt durch den Charakter.[12]) Den Menschen für seinen Charakter verantwortlich erklären, bedeutet daher, den Menschen überhaupt erfassen, nehmen als das, was er ist, als Individualität, als ethisches Einzelwesen. In der Anerkennung der Individualität liegt zugleich die Freiheit;[13]) das Wesentliche ist die Bejahung der Realität des Einzelnen.[14])

An Kant und Schopenhauer schließt sich Binding an.[15])

Auch Tarde erklärt den Einzelnen nur bezüglich jener Handlungen für verantwortlich, die aus seiner Persönlichkeit hervorgehen.[16])

---

[9]) Treffend Loening, a. a. O. S. 153.

[10]) Vgl. Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 65—70, 97 f.; System, Bd. II, S. 203—205.

[11]) Preisschrift über die Freiheit des Willens, WW. ed. Grisebach, Bd. III, S. 472: „Die Verantwortlichkeit, deren er (scil. der Täter) sich bewußt ist, trifft . . bloß zunächst und ostensibel die Tat, im Grunde aber seinen Charakter: für diesen fühlt er sich verantwortlich. Und für diesen machen ihn auch die Anderen verantwortlich. . .“ S. 476: „Operari sequitur esse“, und sonst.

Bezüglich der Strafrechtstheorie steht Schopenhauer auf dem Standpunkt einer Kombination der Bewährungs- mit der Generalprävention stheorie. (Die Welt als Wille und Vorstellung, Bd. I, 4. Buch, § 62, Grisebach-Ausgabe Bd. I, S. 448. Siehe dazu das Allegat in meinem System, Bd. II, S. 222.

[12]) Charakter, Etym.: Grimm, Deutsches Wörterbuch, 2. Bd., Leipzig 1860, S. 611; Heyne, Deutsches Wörterbuch, I. Bd., Leipzig 1890, S. 526. Siehe auch Eucken, Geschichte und Kritik der Grundbegriffe der Gegenwart, Leipzig 1878, S. 264—277.

[13]) Max Müller, Essays, Bd. I, Leipzig 1869, Der Veda und Zendavesta, S. 67: „. . . denn âtman, ursprünglich Athem oder Hauch, bedeutet mit der Zeit das Selbst und das Selbst an sich — das Selbst, sei es nun göttlich oder menschlich, das Selbst, ob schaffend oder leidend, das Selbst, ob Eins oder Alles, immer jedoch das Selbst in seiner Unabhängigkeit und Freiheit.“

Vgl. dazu Max Müller, Vorlesungen über den Ursprung und die Entwicklung der Religion, Straßburg 1880, S. 360, über die Bedeutung von âtman = das Absolute im Subjekt. Siehe auch daselbst S. 411.

[14]) Tarde, La philosophie pénale, 5. éd., Paris 1900 (8. Aufl. war mir nicht zugänglich), p. 17: „La grande question, théorique et pratique en même temps, ce n'est pas de savoir si l'individu est libre ou non, mais si l'individu est réel ou non.“

[15]) Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, S. 10.

[16]) Tarde, La philosophie pénale, p. 19: „Par exemple, si Anaxagore ou Galilée, avaient pu prouver que c'était en rêve qu'ils avaient commis les écrits reprochés à leur plume, ils auraient certainement été acquittés, non parce qu'ils n'auraient pas

W. Mittermaier will, daß die Strafe den sozialen Charakter des Täters berücksichtige.[17])

Verwandt ist die Auffassung, nach der das Recht das ethische Minimum darstellt; so schon Hepp,[18]) in der Neuzeit Jellinek.[19])

Insbesondere sind als unmittelbare Vorläufer v. Bar, A. Merkel, Liepmann und van Calker hervorzuheben, die ganz richtig erkannt haben, daß für die Strafschuld das Moment der Persönlichkeit ausschlaggebend ist, obschon sie nicht hinreichend zwischen sittlicher und strafrechtlicher Schuld scheiden.[20])

3. Nicht der Wille, auch nicht die Tat als solche, sondern die Persönlichkeit ist Grundlage und Bemessungsgrund der Strafschuld.

Der Begriff der Persönlichkeit ist aber für die strafrechtliche Würdigung auf den verschiedenen Kulturstufen der Rechtsgestaltung ein verschiedener. Allüberall erweist das Recht dieselbe Entwicklung: Ursprünglich sind die Kulturelemente Recht und Religion ungeschieden. Dann beginnt die Verweltlichung des Rechts und in diesem Moment ist seine Struktur anethisch. Späterhin — der Zeitpunkt dieses dritten Entwicklungsstadiums ist in den verschiedenen

---

été libres de rêver autrement, mais parce que leur esprit endormi et rêvant eût été jugé non identique à leur personne normale et sociale, seule responsable socialement. Encore une fois, c'est d'identité, et non de liberté, qu'il s'agit ici."

Tarde gründet weiterhin die Verantwortlichkeit auf zwei Faktoren: „identité personelle" und „similitude sociale". Vgl. La philosophie pénale, insbesondere p. 83 bis 148. Siehe auch Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 94—96.

[17]) Neuere Richtungen im Strafenwesen, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 14, 1901, S. 147: „Die Strafe muß die Gesinnung des Täters berücksichtigen. Hierin tut . . unsere heutige Gesetzgebung fast gar nichts. . . . Statt Gesinnung möchte ich lieber sagen: ‚seinen sozialen Charakter'."

[18]) Darstellung und Beurteilung der deutschen Strafrechtssysteme, 2. Aufl., Abt. II, Heft 2, Heidelberg 1845, S. 770—852.

[19]) Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, Wien 1878, S. 42: „Das Recht ist nichts anderes, als das ethische Minimum". S. 56: „Es (scil. das Unrecht) bezeichnet ein Herabsinken unter das ethische Minimum, das objektiv durch die zum Dasein eines bestimmten Gesellschaftszustandes notwendigen Normen, subjektiv durch das Minimum sittlicher Lebensbetätigung verwirklicht wird."

[20]) Vgl. oben § 3, sub III. Siehe insbesondere v. Bar, Handbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 315 („Die Tat erscheint als Produkt des Wesens oder Charakters des Täters. Indem wir daher die Tat mißbilligen, sprechen wir in gewissem Umfange immer auch ein mißbilligendes Urteil über die Persönlichkeit des Täters aus."); van Calker, Strafrecht und Ethik„ S. 22 (das oben, S. 15, angeführte Zitat). Siehe auch Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 65 („Der Begriff des Verbrechens beruht auf der Sittlichkeit der Menschennatur.").

Rechtsteilen und -Gebieten ein ungemein verschiedener — geht das Recht die Synthese mit der Ethik ein, erfolgt die sittlich-rechtliche Gestaltung.

In dieser Weise hat sich auch die Strafrechtsentwicklung vollzogen. Allenthalben ist ursprünglich das Verbrechen Frevel wider die Gottheit, das Sühne, Expiation heischt, zur Beschwörung des göttlichen Zorns, der andernfalls über die Gemeinschaft hereinbrechen würde. Die Persönlichkeit, deren Tun verbrecherisch erscheint, ist der mit ὕβρις behaftete sündhafte, unreine Mensch, der als μίασμα die Gemeinschaft anzustecken droht: Religiös-rechtliche Fundierung des Persönlichkeitsbegriffs.

Mit der Lösung des Rechts aus der religiösen Einkleidung wird das Recht anethisch. Demzufolge wird die Persönlichkeit für die Strafschuld anethisch erfaßt, rein objektiv, ohne Rücksicht auf das ethische, das Willensmoment. Die Tat und der Erfolg wirken Strafschuld; der verbrecherische Wille ist nicht erforderlich, für sich allein auch irrelevant: Objektivierung des Persönlichkeitsbegriffs.

Mit dem Beginn der sittlich-rechtlichen Synthese wird das Sittlichkeitsmoment berücksichtigt. Die rein sittliche Erfassung der Persönlichkeit geht nur auf die Willensbetätigung als solche; die anethisch-rechtliche Gestaltung der Persönlichkeit richtet sich nur nach der Tat, gemäß der bloßen Verursachung. Bei der sittlich-rechtlichen Synthese bestimmen Wille und Tat zusammen, verbrecherische Gesinnung und Erfolg gemeinsam das Wesen der verbrecherischen Persönlichkeit: Sittlich-rechtliche Fixierung des Persönlichkeitsbegriffes. In diesem dritten Stadium stehen wir noch.

Die analoge Entwicklung ergibt sich bezüglich der Ausgestaltung des Verbrechensbegriffes und der Strafe.

Auf jeder Kulturstufe finden sich Rudimente früherer Kulturen.

§ 8. Die Persönlichkeit als Grundlage der Strafschuld. II.

Rechtshistorische Begründung.

1. Irrig, irreführend und verwirrend nimmt die allgemein herrschende strafrechtliche Theorie den historischen Ausgangspunkt von der Blutrache. Dadurch gelangt man nimmermehr zum Verständnis der Strafschuld und der Bestrafung.[1])

[1]) Vgl. Berolzheimer, System, Bd. IV, S. 133—144. Siehe auch unten § 39, sub Ziff. 3 und § 40.

Grundlage der Strafschuld ist die Persönlichkeit. Hierbei ist jedoch der Begriff der Persönlichkeit ein verschiedener gemäß der jeweils herrschenden Rechtskultur.

Die Rechtsentwickelung erweist allenthalben die Wandlung in der Struktur der Rechtssubjekte: ursprünglich ist die Gruppe Rechtssubjekt (Rechtskommunismus der Gruppe, Gruppeneigentum, Gruppenehe etc.)[2]; in der weiteren Entwicklung wird der Einzelne Rechtssubjekt. Ebenso ist im Strafrecht ursprünglich die Gruppe Verbrechenssubjekt, erst späterhin das Individuum.[3]

So betätigt sich die Verbrechenssubjektivität der Gruppe im Grundsatz der Verwandtenhaftung, insbesondere nach chinesischem Recht,[4] aber auch in anderen Rechten.[5]

Vornehmlich beim Diebstahl wird der Grundsatz der Verwandtenhaftung oder der Haftung der Ortschaft oder des Kraals vielfach evident.[6][7]

Höhere Rechtskultur offenbart die Verbrechenssubjektivität des Einzelnen; höchstens vereinzelte Rudimente erweisen den früheren Rechtszustand.

2. Nach alter — vornehmlich, aber nicht ausschließlich griechischer — Auffassung ist Verbrechen das Tun des Menschen, der sich über die menschlichem Handeln gesetzten Schranken erhebt. Der Verbrecher ist der mit ὕβρις Behaftete, der Übermensch in des Wortes schlimmster Bedeutung. ὑβρίζειν ist Unrechttun in kriminellem Sinn.[8] Auch der Koran hat den Hybrisbegriff über-

[2]) Siehe Berolzheimer, System, Bd. IV, §§ 6, 26, 31.

[3]) Vgl. die eingehenden und trefflichen Ausführungen bei Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, S. 305—358.

[4]) Kohler, Das chinesische Strafrecht, Würzburg 1886, S. 21 f.

[5]) Kohler, Studien aus dem japanischen Recht, ZRV. Bd. 10, 1892, S. 388. R. His, Das Strafrecht der Friesen im Mittelalter, Leipzig 1901, S. 53—61 (Haftung für Missetaten des Geschlechtsgenossen).

[6]) Rehme, Über das Recht der Amaxosa, ZRV. Bd. 10, S. 56.

[7]) Über Haftung der Gemeinde des Missetäters vgl. His, Das Strafrecht der Friesen im Mittelalter, S. 61.

Über Missetaten der Knechte, Haftung für Haustiere und leblose Gegenstände siehe Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1892, S. 551—558; Brunner, Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechtes, Ges. Aufsätze, Stuttgart 1894, S. 507—523; R. Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., Leipzig 1902, S. 46, 83, 179, 349 f., 732 f.

[8]) Vgl. Hegel, Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie, I, WW. Bd. 13, S. 183.

Siehe auch Carriere, Die Kunst im Zusammenhange der Kulturentwicklung, Bd. II, in der 2. Aufl., Leipzig 1872 (3. Aufl. war mir nicht zugänglich), S. 248.

nommen:[9]) „Der Weg ist nur wider die, welche den Menschen Unrecht zufügen und auf Erden ohne Grund übermütig sind."

Der Verbrecher erscheint deshalb als Schandfleck, μίασμα, wodurch das ganze Land verunreinigt wäre, wenn nicht der Schandfleck beseitigt würde. So nach altgriechischer Anschauung.[10]) So auch nach altdeutscher Auffassung: „Wer blutschuldig ist, schändet das Land."[11])

Dementsprechend ist im römischen Recht die Hinrichtung wegen öffentlichen Verbrechens aus dem Menschenopfer, der Entsühnung der Gemeinschaft, hervorgegangen.[12])

Ebenso hat sich im germanischen Recht die Todesstrafe aus dem Opfertode gegenüber dem Verbrecher zur Versöhnung des Götterzornes entwickelt.[13]) Opfertod, oder Friedloslegung des Verbrechers (= Todesstrafe mit populärer Vollstreckung) sollen das Gemeinwesen entsühnen.[14])

Diese Sühneidee ist wohl aus der altindischen Anschauung auf die anderen Kulturvölker des Altertums übergegangen. Der Veda ersieht in der Schuld eine Substanz, die dem Menschen anhaftet und ansteckend ist, ähnlich einem Krankheitsstoff. Daraus erwächst das Bedürfnis nach Reinigung, Entsühnung. Die vedischen Arier kennen

---

Here in Goethes Achilleïs-Fragment:

„Willkür bleibt ewig verhaßt den Göttern und Menschen,
Wenn sie in Taten sich zeigt, auch nur in Worten sich kundgibt."

Auch das Wort Frevel des deutschen Mittelalters wird auf eine ähnliche Bedeutung zurückgeführt. Nach Osenbrüggen, Das Alamannische Strafrecht, Schaffhausen 1860, stammt Frevel von dem Beiwort „frevel" (ahd. fravili, mhd. vrevel), das mit Bezug auf den sich über das Recht erhebenden Willen des Kühnen, Verwegenen gebraucht wurde.

Die schweren Friedensbrüche wurden gemeingerm. mit firina, firintät, firinwerk bezeichnet, d. h. das „Außerordentliche", „Ungeheure". (Rich. Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., Leipzig 1902, S. 748.) Auch in dieser Bezeichnung tritt ein verwandter Gedanke zu Tage.

[9]) 42. Sure, Vers 40. In der Reklam-Ausgabe S. 477.

[10]) Vgl. Laistner, Das Recht in der Strafe, München 1872, S. 4.

[11]) Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter, Nördlingen 1864, S. 350, Ziff. 376.

[12]) Vgl. Mommsen, in Mommsen, Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker, Leipzig 1905, S. 6.

[13]) Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, 2. Aufl., Leipzig 1906, S. 245—251.

[14]) Siehe Rich. Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., S. 75 f.; Brunner, in Mommsen, Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker, S. 53 f., 57. Vgl. ferner Roethe, ebenda S. 65, 66. Siehe auch unten § 40.

demgemäß ein sehr ausgebildetes Sühnzauberwesen.[15]) Daher wird im Sanskrit mancher Gott angerufen, die Sünden der Menschen wegzusäubern (punîhi). Auf die Sanskritwurzel pû, reinigen, klären, wird das lateinische poena oder punio zurückgeführt.[16])

Auch der Islam hat die Reinigungs-, die Entsühnungsidee übernommen.[17])

Auf die religiöse Auffassung des Strafunrechts verweist auch der Umstand, daß das ahd. Wort wîzi (mhd. wîze) zugleich supplicium und Höllenstrafe bedeutet.[18])

In der religiös-rechtlichen Kulturperiode ist die verbrecherische Persönlichkeit der gottlose, gottverhaßte, grobsündige Mensch. Das Strafrecht ist nicht Kulturrecht, sondern Kultrecht.

In dieser Periode ist die Persönlichkeit des Verbrechers ein **religiös-rechtlicher** Begriff.

3. Mit der Verweltlichung des Rechts erwächst allenthalben die anethische Rechtsstruktur. Diese zeigt sich im Zivilrecht in der absoluten Gestaltung der subjektiven Rechte, die noch nicht durch Pflichten des Rechtsträgers (komme dieser als dominus gegenüber dem Sklaven, als Gläubiger gegenüber dem im nexum verfangenen Schuldner, als paterfamilias gegenüber der rechtlosen familia in Betracht) gemildert sind. Die anethische Rechtsstruktur erweist sich im Staatsrecht als Absolutismus. Sie offenbart sich im Strafrecht als Objektivismus: Schuld = Verursachung. Es kommt nur auf den Erfolg an. Der Versuch ist straflos. Die fahrlässige Handlung steht der vorsätzlichen gleich.[19]) Die Strafe ist überwiegend Talion oder talionsähnlich.[20])

---

[15]) H. Oldenberg, in Mommsen, Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker, S. 71, 75 f.

Oldenberg stellt dort die Sühne der Strafe entgegen. Dies rechtfertigt sich jedoch nur scheinbar, sofern Oldenberg (mit der herrschenden Lehre; unzutreffend) in der Rache die Vorläuferin der Strafe erblickt. Über Verhältnis und Abgrenzung von Strafe und Entsühnung kommt daher Oldenberg (begreiflicher Weise) zu keinem klaren Ergebnis.

[16]) Max Müller, Essays, II. Bd., Beiträge zur vergleichenden Mythologie und Ethologie, ins Deutsche übertragen, Leipzig 1869, S. 228 f. (Mommsen, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 13, erwähnt nur, daß poenae Lehnwort ist, anknüpfbar an griech. τίνω).

[17]) Goldziher, in Mommsen, Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker, S. 104.

[18]) Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, 4. Ausg. von Andr. Heusler und Rud. Hübner, Bd. II, Leipzig 1899, S. 255.

[19]) Vgl. v. Bar, Handbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 62 f.; Kohler, Das chinesische Strafrecht, Würzburg 1886, S. 23; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte,

Die Schuld wird völlig objektiviert. Verbrecher ist der Verletzer des Friedens schlechthin. In dieser Periode ist die Persönlichkeit des Verbrechers ein **anethisch-rechtlicher** Begriff.

4. Der Kulturfortschritt offenbart sich in allen Rechtsteilen am gewaltigsten mit dem Eintritt der sittlich-rechtlichen Synthese. Das Recht, das ursprünglich Kultrecht war, das hierauf, in der anethischen Epoche, allenthalben absoluten Charakter erhielt, nimmt die ethische Idee in sich auf, erfährt dadurch eine Läuterung, Linderung, Milderung, Anpassung an einen erhabenen Gerechtigkeitsbegriff.

Die sittlich-rechtliche Synthese ergibt im Strafrecht bezüglich der Schuld des Verbrechers die Subjektivierung der Verschuldung. Der rein rechtliche Charakter der Verbrechenstat bleibt gewahrt, sie muß als Tat irgendwie aus der bloßen Innerlichkeit der Gesinnung und des Gedankens heraustreten. Das ethische Moment findet aber Berücksichtigung, sofern die Tat strafrechtlich nur relevant wird als Schuldtat oder Handlung im Rechtssinn. Die Tat muß in dieser Rechtsperiode Schuldhandlung sein. Daher kann Verbrechenssubjekt nur sein, wer schuldfähig ist — nicht der Geisteskranke, nicht das Kind, nicht der zur Zeit der Tatverübung auf Grund Zwanges oder Bewußtlosigkeit Schuldunfähige. Daher kann Verbrechensinhalt nur bilden die Tat, die mit Schuldwillen begangen wird. Verbrecher ist der schuldhafte Verletzer fremden Rechtsgutes. Nach der sittlich-rechtlichen Synthese ist die Persönlichkeit des Verbrechers ein **sittlich-rechtlicher** Begriff.

5. Wie allenthalben in Natur und Recht, so vollzieht sich auch hinsichtlich der Idee der Verbrecherpersönlichkeit die Entwicklung nicht in logischem, sondern in historischem Flusse.

Die strafrechtskulturelle Entwicklung erweist ihre alogische Natur in zweifacher Hinsicht. Die Entwicklungsphasen treten nicht bei allen Völkern ein, manche Völker stehen noch heute als „Naturvölker" auf der Kult- oder auf der anethischen Stufe; die Entwicklungsstadien treten bei manchen Völkern früher, bei andern später in die Erscheinung. Die Entwicklung vollzieht sich ferner

---

Bd. II, Leipzig 1892, S. 543—550; Rehme, Über das Recht der Amaxosa, ZRV. Bd. 10, S. 50; Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., S. 348 f., 350 f., 763; Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, S. 358 ff.

[20]) Vgl. unten § 41.

nicht rein, sodaß bei Eintritt eines neuen Stadiums die Erscheinungen früherer Kulturperioden völlig weggefegt würden, vielmehr bleiben jeweils Rudimente aus früheren Kulturperioden bestehen.

So ist der in seiner heutigen Formulierung mit Recht angegriffene § 166 RStGB. ein Rudiment aus der Kultperiode des Strafrechts.

Insoweit solche Rudimente bestehen, modifiziert sich die Idee der Persönlichkeit im Strafrechtssinne oder — was dasselbe besagt — die Idee der verbrecherischen Schuld, der Strafschuld, gemäß den Anschauungen früherer Rechtskulturperioden.

6. Je höher in Natur und Recht die Entwicklung fortschreitet, desto weiter reicht die Differenzierung.

In der dritten Schuldepoche des Strafrechts differenziert sich der Charakter der Strafschuld, das Wesen und die Idee der verbrecherischen Persönlichkeit, gemäß der ethisch-rechtlichen Synthese des Begriffes nach zwei Seiten hin: nach der sittlichen und nach der rechtlichen. Die Strafschuld stuft sich ab, einerseits gemäß der Schwere der Tat, andrerseits gemäß der Intensität der Schuld.

Das objektivo oder rein rechtliche Moment im sittlich-rechtlichen Verbrecherbegriff wirkt die verschieden hohe Strafbemessung gemäß der begangenen Tat, der Wichtigkeit des verletzten Rechtsguts. Das subjektive oder ethische Moment wirkt die verschiedengestaltete Strafbemessung nach der betätigten Schuld, der verbrecherischen Gesinnung.

7. Ein wesentliches Verdienst der kriminalanthropologischen und -soziologischen Forschung ist die psychologische Vertiefung des Schuldbegriffs, die stärkere Betonung des subjektiven Moments bei der Verbrechensbegehung. Wie meist in der Geschichte, so tritt auch hier der Kulturfortschritt in irriger Formulierung auf („Sozialgefährlichkeit" — es handelt sich nicht um soziale oder antisoziale Betätigung, sondern um Recht und Rechtswidrigkeit; es steht nicht der Polizeibegriff des gefährlichen Menschen, sondern der grundlegende Strafrechtsbegriff des Verbrechers, d. h. des qualifiziert schuldhaften Täters in Frage).

Auch erweist hier, wie stets, der Fortschritt den Fehler des Überschwangs. Wenn eine neue Idee sich durchsetzen will, tritt sie mit solcher Wucht auf, daß sie stets über das berechtigte Ziel hinauszuschlagen tendiert. So strebt die moderne Strafrechtsrichtung ganz einseitig nach der Geltungsbehauptung des (von ihr irrig als Gefährlichkeit bezeichneten) Schuldmoments oder subjektiven Faktors des Verbrechens.

Durch die Anerkennung der intensiveren Verschuldung des „Gewohnheitsverbrechers", gegenüber dem „Gelegenheitsverbrecher" erwächst eine weitreichende Differenzierung der verbrecherischen Persönlichkeit aus dem Gesichtspunkte der Schuld.[21])

Aber die sittlich-rechtliche Synthese erfordert die Schuldgliederung unter Mitberücksichtigung des objektiven Moments.

8. Für die Neugestaltung des Strafrechts im Geist der Gegenwartskultur erwachsen durch die Doppelgliederung der Verbrechenspersönlichkeit je nach dem Verschulden und nach der Schwere der Tat nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Diese Schwierigkeiten sind überwindbar, aber nur bei klarer Erfassung der grundlegenden Idee des Strafrechts: Grundlage der Strafschuld war in der gesamten Strafrechtsentwicklung die Persönlichkeit des Verbrechers. Der Begriff der Verbrecherpersönlichkeit wird in der sittlich-rechtlichen Kulturperiode, in der wir heute noch völlig wurzeln, **durch das subjektive Moment der Schuld und durch das objektive Moment der Betätigung** (Rechtsverletzung oder -gefährdung) bestimmt.

§ 9. Die Persönlichkeit als Grundlage der Strafschuld. III.

Rechtsdogmatische Begründung.

Die Strafrechtskodifikationen zerfallen regelmäßig je in einen allgemeinen und einen besonderen Teil; der besondere Teil enthält die Verbrechenstatbestände. Jeder einzelne Verbrechenstatbestand wird aber nur durch Hinzufügung des allgemeinen Teiles des Gesetzbuches verständlich. Um daher entscheiden zu können, ob im einzelnen Fall ein Verbrechen wirklich vorliegt, genügt es nicht, den einzelnen Verbrechenstatbestand ins Auge zu fassen, vielmehr muß jeweils der allgemeine Teil des Strafgesetzbuchs, insbesondere mit seinen Schuldausschließungsgründen zur Beurteilung herangezogen werden. Dies ist ja im Grunde eine bis zur Selbstverständlichkeit banale Ausführung. Sie mußte aber ins Gedächtnis gerufen werden für das Folgende.

Der Tatbestand eines Verbrechens ist nur dann erfüllt, wenn das Verbrechen verbrecherisch begangen wurde, d. h. eben kein Schuld- (und kein Straf-)Ausschließungsgrund vorliegt.[1]) Faßt man unter

[21]) Vgl. unten §§ 28—30.

[1]) Mit großer Schärfe und Folgerichtigkeit hat diesen Gedanken Beling in verdienstvoller Weise in seinem Buche Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906, durchgeführt. Vgl. unten § 20, Note 5.

Berücksichtigung dieses Moments die Verbrechen ins Auge, so ergibt sich, daß nur die (besonders qualifizierte) Unrechtstat des Verbrechers, der verbrecherischen Persönlichkeit, ein Verbrechen bildet.

Die Tat muß Ausfluß der verbrecherischen, der von der Norm nach unten abweichenden Persönlichkeit sein. Aus diesem Gesichtspunkte sind die Strafgesetze entworfen; sie sind verständlich nur, wenn man in der Persönlichkeit und ihrem Walten die Grundlage des Verbrechens ersieht. Der Geisteskranke ist schuldlos — die Tat ist Ausfluß der kranken, nicht der schuldbehafteten Persönlichkeit.[2]) Das Kind bleibt stets, der Adoleszent bei fehlender Reife außer Strafe — eine entwickelte Persönlichkeit (im Rechtssinne) liegt noch nicht vor.[3]) Die Notwehrhandlung ist frei von Schuld — die Tat ist nicht Betätigung des vir malus.[4]) Hieraus allein erklärt sich die sonst unfaßliche Anomalie, daß selbst der Notwehrexzess straflos ist, wenn Affekt ihn entschuldigt.[5])

Die Notstandshandlung ist unter gewissen Voraussetzungen kein Verbrechen,[6]) in anderen Fällen heischt die Rechtsordnung die Erduldung des Notstands,[7]) weil der Gesetzgeber bei Bestimmung und Abgrenzung der verbrecherischen Handlung sich das Verhalten des Durchschnittsbürgers und jenes des von der Norm in malam partem abweichenden Menschen vorstellt; wo und wie jener (voraussichtlich, gemäß der gegebenen Sachlage) handelt, liegt kein Verbrechen vor.

Die fahrlässige Unrechtshandlung wird in vielen Fällen nicht pönalisiert, wo fahrlässige Begehung (oder Unterlassung) möglich ist.[8]) Warum ist die fahrlässige Sachbeschädigung straflos, die fahrlässige Körperverletzung strafbar? Auch hier ist die Persönlichkeit des Täters, ihre Subsumtion unter den Begriff des vir bonus oder des vir malus maßgebend für die Ausdehnung der Pönalisierung.

Nur aus dem Gesichtspunkt der Bestrafung des schlechten Menschen ergibt sich die Anomalie, daß Steuerhinterziehungen, die im Grunde nicht nur Betrug, sondern mit Rücksicht darauf, daß

---

[2]) Vgl. unten § 13.
[3]) Vgl. unten § 14.
[4]) Vgl. unten § 15, Ziff. I, 1.
[5]) Vgl. unten § 15, Ziff. I, 2.
[6]) Vgl. unten § 15, Ziff. II, 1.
[7]) Vgl. unten § 15, Ziff. II, 2.
[8]) Vgl. unten § 12, Ziff. 2.

das Staatsvermögen geschädigt wird (man erinnere sich an die Qualifizierung der Sachbeschädigung gemäß § 304, an den schweren Diebstahl gemäß § 243, Ziffer 4 RStGB.), qualifizierter Betrug wären, nur geringe Straffälligkeit begründen.

Die Bestrafung von Bettel und Landstreicherei — Handlungen, die als solche gar nichts Deliktisches aufweisen — erklärt sich nur daraus, daß man die Handlung des von der Norm nach unten abweichenden Menschen pönalisiert.[9]) Der Bettler und Landstreicher erweisen sich als minderwertige Menschen — im Gegensatz zum bedürftigen Almosenempfänger; im Gegensatz zum freiheitsliebenden Wandergesellen, der auf der Walz das Ortsgeschenk entgegennimmt.

Endlich ist die Straflosigkeit bei freiwilligem Rücktritt vom unbeendigten Versuch, ferner bei Erfolgsabwendung in den Fällen des beendigten Versuchs und in gewissen Fällen der tätigen Reue legislativpolitisch nur dadurch zu erklären, daß der Täter durch sein Verhalten erweist, daß er kein Verbrecher, kein schlechter Mensch im Rechtssinne ist.[10])

Umgekehrt besteht keine Strafschuld, wenn die Idee der Persönlichkeit des Verbrechers nicht in Frage kommt, so bei den Polizeiübertretungen (Polizeiunrecht).[11])

Auch die Verjährung der Strafverfolgung und noch mehr jene der Strafvollstreckung spotten der einwandsfreien legislativpolitischen Deutung, wenn man nicht davon ausgeht, daß der Gesetzgeber die Änderung der verbrecherischen Persönlichkeit mit Ablauf der Verjährungsfrist präsumiert.[12])

Die bedingte Verurteilung, die mit Recht gefordert wird, fügt sich gleichfalls nur aus dem Gesichtspunkte, daß in gewissen Fällen zwar formell Verbrechen und Verbrechensschuld vorliegen, in Wahrheit aber die Tat nicht Ausfluß einer verbrecherischen Persönlichkeit war, in den Rahmen des Strafrechts.[13])

Man steht überhaupt der ganzen inneren Struktur des Strafrechts völlig verständnislos gegenüber, wenn man nicht die Idee der verbrecherischen Persönlichkeit als Grundlage der Bestrafung erfaßt hat. Andererseits findet man für jede scheinbare

---

[9]) Vgl. unten § 32.
[10]) Vgl. unten § 17, Ziff. 5.
[11]) Vgl. unten § 26.
[12]) Vgl. unten § 19.
[13]) Vgl. unten § 51.

Anomalie bei Aufstellung der Verbrechenstatbestände, Normierung des Schuldbegriffs, Intensität und Wegfall der Bestrafung, den gesetzgeberischen Grund, sobald man die Idee der verbrecherischen Persönlichkeit als Grundlage der Bestrafung erkannt hat und berücksichtigt.

§ 10. Die Strafschuld als species der tragischen Schuld.

1. Die tragische Schuld besteht aus einer eigenartigen Verkettung von freier Handlung und Schicksal, kraft deren der Held schuldig und zugleich irgendwie schuldlos erscheint. Darin liegt die Idee des tragischen Konflikts.[1]) Und das tragische Schicksal besteht darin, daß der Held durch jenes schuldlos-schuldhafte Tun sein widriges Geschick selbst herbeiführt.[2]) Der Held erleidet sein Geschick, indem er einsteht mit seiner Person für seine Persönlichkeit.

Lebenswahre Dramen, Dramen, die als echte Kunstwerke den Zuschauer packen, erweisen regelmäßig den Helden schuldlos schuldig. Man denke an den Hochverräter Wallenstein, an den durch Fatalismus und Frauenränke verführten Königsmörder Macbeth, an den tragischen Mörder Raskolnikow in Dostojewski's psychologisch unerreichtem

---

[1]) Vgl. Berolzheimer, System, Bd. I, S. 201 f.: „Tragisch . . ist der Konflikt, wenn das schuldhafte Tun des Helden sich irgendwie zugleich als schuldlos erweist. . . Schuldlos schuldhaft muß das Tun des Helden sein! . . . Dann heischt seine objektive Schuld Mitleid in ihrer subjektiven Schuldfreiheit; dann erzeugt sein Geschick Furcht vor ähnlichem Lose. . .“ Joh. Ed. Erdmann, Grundriß der Geschichte der Philosophie, I. Bd., 4. Aufl., bearbeitet von Benno Erdmann, Berlin 1896, S. 162: „. . es wird . . . stets urgiert, daß die tragische Befriedigung nur möglich sei, wo Schuld und Unschuld des Leidenden zugleich gegeben ist.“

Der Mensch will in der Tragödie das rein menschliche Geschick wiedergespiegelt sehen; schuldlose Schuld aber ist Menschenlos. (Religios ausgedrückt in der Idee der Erbsünde.)

[2]) Vgl. J. L. Klein, Geschichte des Dramas, Bd. I, Leipzig 1865, S. 194 f. und sonst; Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, Würzburg 1883, S. 201; Kohler, Verbrechertypen in Shakespeares Dramen, Berlin (1903), S. 66. Siehe auch Carriere, Die Kunst im Zusammenhange der Kulturentwicklung, Bd. II, in der 2. Aufl., Leipzig 1872 (3. Aufl. war mir nicht zugänglich), S. 241, 248 f.; Kohler, Recht, Glaube und Sitte, in Grünhut's Zeitschrift, Bd. 19, 1892, S. 578 f. Man erinnere sich an das unvergleichliche Wort Goethe's (Wilhelm Meisters Lehrjahre, I. Teil, 2. Buch, 13. Kap.):

„Ihr führt ins Leben uns hinein,
Ihr laßt den Armen schuldig werden,
Dann überlaßt Ihr ihn der Pein;
Denn alle Schuld rächt sich auf Erden.“

(schlecht dramatisiertem) Roman, an die Kindsmörderin Gretchen im Faust — die typische Kindsmörderin. . . . Man erinnere sich vor allem an die Schicksalsdramen der Antike: Orestes, Ödipus und andere. Überall besteht ein Moment der Schuldlosigkeit in der Schuld. Und gerade darin offenbart sich die Tragik der Dramen der Bühne, wie jener des Lebens.

2. Die Strafschuld trägt alle Wesenszüge der tragischen Schuld an sich. Der Verbrecher wird geurteilt kraft seines schuldhaften Tuns. Sein schuldhaftes Handeln aber ist Ausfluß seiner Persönlichkeit. Für seine Persönlichkeit muß er einstehen, haften mit seiner Person. Und darin liegt das schuldlose Moment; denn für seine Persönlichkeit kann er nichts; ohne sein Zutun haftet sie ihm an, bildet sie sein Ich, ist sie sein Wesen. Und wie der tragische Held, so führt auch der Verbrecher durch sein schuldlos-schuldhaftes Tun sein Geschick selbst herbei.[3])

Der Maßstab der Gerechtigkeit ist demgemäß im Strafrecht ein anderer als jener im Zivilrecht. Im Zivilrecht offenbart sich die Gerechtigkeit als Äquivalent, als Ausgleich von Leistung und Gegenleistung, als Gleichwertigkeit. Im Strafrecht hingegen ist die Strafe regelmäßig ungleich größer als die Schuld. Die „gerechte Strafe" ist nicht das Äquivalent des Verbrechens, sondern ein Vielfaches dieses Äquivalents.

Die Idee der Gerechtigkeit im Zivilrecht läßt sich in die Formel bringen: Leistung : Gegenleistung = 1 : 1 (Gleichheit der Proportion). Die Gerechtigkeit im Strafrecht hingegen wird durch die Formel ausgedrückt: Verbrechen : Strafe = 1 : n (Ungleichheit der Proportion, wachsende Proportion).

Die wachsende Proportion in der strafrechtlichen Entgeltung erklärt sich daraus, daß die Strafschuld Unterart der tragischen Schuld ist. Die Strafschuld wie die tragische Schuld haben ihr

[3]) Mit besonderer Deutlichkeit erhellt dies aus der Strafbetätigung, der Art des Eintritts der Straffolge in der ältesten Rechtskultur. Die Friedlosigkeit ist dort Wesensfolge der Straftat dergestalt, daß sich der Täter durch die Tat selbst friedlos legt. Die Strafe erscheint dort als die natürliche, die (gleichsam) naturgesetzliche, inhärente Folge der Tat. Wie sich der tragische Held durch sein schuldhaftes Tun das tragische Ende selbst bereitet, sodaß dieses in nuce in der Schulhandlung schon eingeschlossen war, so stempelt sich der Verbrecher in alter Zeit durch seine Tat unmittelbar zum Ungenossen: Er handelt als Ungenosse, damit erweist er sich als Ungenossen und scheidet aus dem Rechtsverband aus, wird eo ipso Staatsfeind. Am klarsten zeigt sich dies in der perduellio des römischen Rechtes. Vgl. unten § 40.

eigenes Kausalgesetz[4]) in dem Sinne, daß die Schuldwirkung gegenüber dem Verbrecher größer ist, als seine Schuldtat.

Schuld und Schuldfolge stehen nicht unter dem Gesichtspunkte der ausgleichenden Vergeltung, sondern unter jenem von Saat und Ernte. Die Strafe ist nicht das Gleiche, sondern das Vielfache der Schuld: Wer Wind säet, wird Sturm ernten.[5])

Auch hierin offenbart sich das Moment der Schuldlosigkeit in der tragischen, wie in der verbrecherischen Schuld. Man büßt fast stets schwerer, als man verbrochen hat.

§ 11. Die Sonderart der Strafschuld.

1. Die Sonderart der Strafschuld gründet darin, daß sie Rechtserscheinung ist und Rechtsfolgen zeitigt: Wesen der Schuld, Schuldhandlung und Schuldfolge bestimmen sich gemäß der Rechtsordnung.

Der Mensch, der sich in Strafschuld verfängt, handelt als Rechtspersönlichkeit und wird als solche geurteilt.

Der tragische Held handelt und fällt in einem ethischen Konflikt, für das Drama kommt sein Konflikt nur als ethischer in Betracht. Der dem Strafrecht Verfangene und dem Strafrichter Verfallene handelt in einem Rechtskonflikt, für die rechtliche Schuldwürdigung kommt seine Tat nur als Unrechtshandlung in Frage.

Hierbei ist die Verknüpfung von Strafschuld und Strafe nichts Äußerliches, vielmeher besteht innerer Zusammenhang zwischen Verbrechenstat und Verbrechensfolge. Daher war im Altertum die Einsicht weit verbreitet, daß die Strafe Wesensfolge der Tat ist.[1])

[4]) Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, S. 201, 255 f.: „. . Die ganze dramatische Vergeltungstheorie ist eine verfehlte, und das Wahre daran ist nur, daß sich der Held sein Schicksal selbst herbeiführen muß — nicht auch daß diese causative Aktion eine unmoralische, eine seinem Unglück adäquate Schuld sein müßte. . . . . Nicht in die Jurisprudenz dagegen gehört die Gerechtigkeit der Geschichte. . . . . Die Gerechtigkeit der Geschichte trägt zwar auch Wage und Schwert, aber ihr Amt ist ein anderes, als das Amt irdischer Gerechtigkeit, ihre Grundsätze und Maßnahmen sind weitaus verschieden. . .“

Siehe auch Kohler, Verbrecher-Typen in Shakespeares Dramen, S. 66, 106.

[5]) Hosea 8, 7: „Denn sie säen Wind, und werden Ungewitter einerndten.“

[1]) Nach Goldziher, in Mommsen, Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker, Leipzig 1905, S. 103, heißt im Islam Strafe: „ʿikāb . . ʿuḳūba d. h. ‚das auf der Ferse Folgen‘. In diesem Terminus ist die Anschauung ausgeprägt, daß die Vergeltung die unausbleibliche, natürliche Folge der Tat ist.“

Ebenso nach altgriechischer Anschauung: „Die Schuld folgt der Strafe auf dem Fuß.“ Vgl. Klein, Geschichte des Dramas, Bd. I, Leipzig 1865, S. 195.

2. Die Sonderart der Strafschuld gründet weiter darin, daß Schuld und Strafe durch das Recht bestimmt werden, das durch Menschen mit begrenztem Erkenntnisvermögen gemacht ist und gehandhabt wird. Die Unvollkommenheit, die allem menschlichen Tun anhaftet, offenbart sich im Recht (überhaupt und besonders im Strafrecht) vornehmlich in zwei Beziehungen: 1. Notwendigkeit genereller Regelung, 2. Erfordernis des Beweises.

a) Jeder Strafrechtsfall bildet im Grunde eine Individualität für sich; jeder weist größere oder kleinere Verschiedenheit der ethischen Verfassung des Täters, der Beschaffenheit der Handlung, der Lagerung der Tat- und Schuldumstände auf. Das Recht muß aber kraft seiner Ordnungsfunktion allgemeine Regeln aufstellen, — im Interesse der Rechtssicherheit.

Hieraus ergibt sich mit Notwendigkeit eine Reihe von Ungerechtigkeiten im einzelnen Falle. Das Recht muß irgendwelche Altersgrenzen für die strafbefreiende Jugend und strafmildernde Adoleszenz aufstellen, es muß die Verjährungsfristen irgendwie normieren, es muß die Freiheitsstrafen abgrenzen, es muß regelmäßig feste Strafe oder Strafminima oder -maxima aufstellen (die arbiträre Strafe würde heute als größte Rechtsunsicherheit erachtet). In concreto werden aber diese Grenzen nicht selten als ungerecht empfunden.

b) Das Erfordernis des Beweises hat in älteren Rechten, vornehmlich im deutschen Recht bis weit in das Mittelalter hinein, zahlreiche Beweispräsumtionen und -regeln gezeitigt.

Auch die Folter und der Inquisitionsprozeß danken der Beweisnotwendigkeit die Entstehung. Und mit welchen Mitteln bisweilen noch im 20. Jahrhundert polizeiliche Geständnisse abgepreßt werden, darüber fehlen offizielle Nachweise . . . .

Bedeutsam offenbart sich die aus der Beweisnotwendigkeit erwachsende Ungerechtigkeit des Rechts in den verdeckten Präsumtionen.[2])

[2]) Vgl. unten § 27.

Drittes Kapitel.

Die Zurechnung zur Schuld.

§ 12. Zurechenbarkeit der Schuld. Vorsatz und Fahrlässigkeit.

[1])1. Bei fortgeschrittener Strafkultur wird regelmäßig nur die vorsätzliche oder fahrlässige Handlung eines strafrechtlich verantwortlichen Menschen als Schuld zugerechnet.

[1]) Binding, Die Normen und ihre Übertretung, II. Bd., Schuld und Vorsatz, Leipzig 1877; Laas, Vergeltung und Zurechnung, in Avenarius' Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie, Bd. V, 1881, S. 137—185, 448—460, Bd. VI, 1882, S. 189 bis 233, 315—329; Lucas, Die subjektive Verschuldung im heutigen Deutschen Strafrechte, Berlin 1883; Bünger, Über Vorstellung und Wille, als Elemente der subjektiven Verschuldung, Z. VI, 1886, S. 291—364; R. Frank, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre, Z. X, S. 169—228; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1892, S. 543—550 (Absicht und Ungefähr); v. Buri, Beiträge zur Theorie des Strafrechts, Leipzig 1894, S. 299—320 (Die Begriffe des Vorsatzes und der Handlung), S. 344—365 (Vorstellung und Wille); Liepmann, Die ethischen Grundlagen des Schuldbegriffs, Z. XIV, S. 459—504; Ludwig Träger, Wille, Determinismus, Strafe, Berlin 1895, S. 174—201; v. Lilienthal, Der Stooß'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Z. XV, S. 277—284; W. Engelmann, Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung, Leipzig 1895; A. Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Bd. I, Abt. 1, Leipzig 1895; Klee, Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz (Bennecke's strafrechtliche Abhandlungen, Heft 10), Breslau 1897; Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage, Berlin 1897, dazu: Zürcher, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 11, 1898, S. 51—70; Basedow, Die strafrechtliche Verschuldung, Diss., Hamburg 1898; Kitzinger, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, Gerichtssaal Bd. 55, 1898, S. 1—105; v. Liszt, Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, Z. XVIII, S. 229—266; v. Bar, Dolus eventualis?, Z. XVIII, S. 534—559; Stooß, Vorsatz und Bewußtsein der Rechtswidrigkeit und der Pflichtwidrigkeit, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 12, 1899, S. 1—9; Mommsen, Römisches Strafrecht, (Binding, Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, I. Abt., 4. Teil), Leipzig 1899, S. 85—90; Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, Berlin 1900, S. 131—152, 154 bis 163; R. v. Hippel, Die Vorstellungstheorie, ein kritischer Beitrag zur Vorsatz-

Bei Untersuchung der Zurechnung zur Schuld ergeben sich nun zwei unter sich durchaus verschiedenartige Probleme:

a) Die rechtsphilosophische Frage nach dem Wesen der Strafschuld oder der Schuldhandlung;

b) die rechtstechnische Frage nach dem Wesen der Schuld, insbesondere nach dem Inhalt und der Begriffsbestimmung des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit.

Die Unsicherheit, die heute in der Strafrechtstheorie herrscht, und die die Frage nach dem freien Willen zu einem grundlegenden Problem der Strafrechtsphilosophie erhebt, wurzelt zu einem guten Teil darin, daß **in durchaus irriger Weise das Willensmoment in der Schuld, statt für die rechtstechnische Konstruktion, für die rechtsphilosophische herangezogen wird.** Um die Unrichtigkeit zu erhöhen, neigt ein guter Teil der Doktrin der Gegenwart dahin, das Willensmoment bei der rechtstechnischen Behandlung des Schuld-

---

lehre, Festgabe der Göttinger Juristenfakultät für Regelsberger, Leipzig 1901, S. 355 bis 443; Max Ernst Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, Leipzig 1901; Binding, Grundriß, 6. Aufl., S. 105—115; Herm. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, S. 28—34, 45—49; Friedrich Sturm, Die strafrechtliche Verschuldung, Diss., Breslau 1902 (Beling, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 41); Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff, Teil I, Berlin 1903; R. v. Hippel, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Leipzig 1903; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 397—415; R. Loening, Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre, I. Bd., Jena 1903, S. 130—167, 267—273; dazu und dagegen: Oskar Kraus, Die Zurechnungslehre des Aristoteles, in kritischer Würdigung des gleichnamigen Loening'schen Werkes dargestellt, Gerichtssaal, Bd. 65, 1904, S. 153—199; Miřička, Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung, Leipzig 1903; A. Köhler, Reformfragen des Strafrechts, S. 40—42, 46; v. Rohland, Willenstheorie und Vorstellungstheorie im Strafrecht, Freiburg i. B. 1904; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 227—270; v. Liszt, Lehrbuch, 14./15. Aufl., S. 169—174, 182—185; Radbruch, Über den Schuldbegriff, Z. XXIV, S. 333—348 (dazu: Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Berlin 1904, S. 68—131); James Goldschmidt, Schließt die Forderung der Pflichtvorstellung als Schuldvoraussetzung die Zurechnung zum Charakter aus?, Goltdammers Archiv, Bd. 51, 1904, S. 340 bis 348; Beling, Grundzüge des Strafrechts, 3. Aufl., Tübingen 1905, S. 57—64; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, III. Bd., Tübingen 1905, S. 237—345; A. Graf zu Dohna, Die Elemente des Schuldbegriffs, Gerichtssaal, Bd. 65, 1905, S. 304—324; E. Pomme, Die „Vorstellungstheorie" und ihre Logik, Gerichtssaal, Bd. 65, S. 51—62; Beling, Die Lehre vom Verbrechen, S. 178—201, 352—355; Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, S. 383—397; Klee, Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld (Berliner Jurist. Beiträge, herausg. von Kohler, Heft 10), Berlin 1906; H. Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., von Allfeld, Leipzig 1907, S. 138—151.

problems zu streichen — man läßt den Willen bei Seite, wo er hingehört, und man verwendet ihn, wo er nicht hinpaßt!

2. Die rechtsphilosophische Frage nach dem Inhalt der Strafschuld kann nicht a priori beantwortet werden, sondern nur durch Abstraktion aus der Erfahrung. Die Prüfung des Rechtsstoffs darf aber nicht auf die Gegenwart beschränkt werden — diese unhistorische, naturrechtliche Behandlungsart ist Hauptursache der Zurückgebliebenheit der Strafrechtstheorie. Die universalhistorische Betrachtung erweist, daß regelmäßig junge Rechtskulturen in der anethisch-rechtlichen Periode die bloße Tat zur Schuld zurechnen, während fortgeschrittene Rechtsauffassung neben der Verursachung der Tat noch ein plus heischt, ein subjektives Moment, die Strafschuld oder eine gewisse Beteiligung des Wollens des Verursachers gegenüber dem Erfolg. Würde man daher mit der herrschenden Strafrechtsphilosophie sagen, der böse Wille ist subjektive Voraussetzung der Strafschuld (im rechtsphilosophischen Sinne), so würde man damit eine Problemantwort geben, die auf jene Rechtsperioden. die die reine Erfolgshaftung kennen, schlechthin nicht zutrifft.

Die Entwicklung der Strafkultur bezüglich der Schuld weist jene Dreiteilung auf, die allenthalben durch die ganze Rechtsordnung zieht: Religiös-rechtliche Epoche, anethisch-rechtliche Gestaltung, sittlich-rechtliche Synthese. In der religiösen Epoche ist der grobsündhafte Mensch der Verbrecher, dessen Greueltat den Opfertod zur Beschwichtigung des Götterzorns heischt. Nach der Auffassung der jüngeren, reinen Rechtskultur stempelt die bloße Verübung einer Tat den Verursacher zum Urheber, zum vir malus. In der sittlich-rechtlichen Synthese erwächst die Berücksichtigung des subjektiven oder ethischen Moments, die Verursachung muß schuldhaftes Tun sein.

Es sind eben nicht der „Vorsatz“ und die „Fahrlässigkeit“ als solche, die das rechtswidrige Handeln zum schuldhaften Tun erheben. vielmehr ist maßgebend für die Beurteilung der Schuld die jeweils herrschende rechtskulturelle Auffassung, die Anschauung der einzelnen Rechtskulturstufe.[2])

[2]) Treffend sagt Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. III, S. 242 f.: „‚Schuld‘ die schuldbare Handlung selbst in ihrer Totalität, als dem Handelnden zugerechnetes Unrecht; . . . . . Aus unserer Auffassung der ‚Schuld‘ folgt von selbst, daß ‚Vorsatz‘ und ‚Fahrlässigkeit‘ in keinem Falle als Arten, sondern immer bloß als Gründe oder Voraussetzungen der Schuld charakterisiert werden dürfen. . . . . Nicht ‚Vorsatz‘ oder ‚Fahrlässigkeit‘ an sich machen ein objektiv rechtswidriges Handeln für den Handelnden zu einem schuldbaren im juristischen Sinne, sondern immer nur

Auf der dritten Stufe der Rechtskultur tritt zunehmend Differenzierung der Straftaten und ihrer Wertung unter Mitberücksichtigung des subjektiven Schuldfaktors ein. Die Verursachung wird der Persönlichkeit zugerechnet, wenn sie gewollt war, bei manchen Straftaten auch dann, wenn sie — obschon vermeidbar — nicht vermieden wurde. Warum wird eine Reihe von leichteren Taten, bei denen eine fahrlässige Begehung möglich ist, nicht kriminalisiert? Einzig deshalb, weil sich in diesen die Persönlichkeit des Handelnden nicht als verbrecherische erweist, weil der Verüber nicht als vir malus ercheint nach der Auffassung der betreffenden Rechtskultur.

3. Gemäß der Anschauung fortgeschrittener Rechtskultur muß die Tat in Zusammenhang mit des Täters Persönlichkeit im ethisch-rechtlichen Sinne stehen. Daher genügt nicht die Verursachung des Erfolges durch den Täter, noch ist der Erfolg schlechthin für die Strafhaftung erforderlich. Vielmehr ist eine Handlung notwendig, bei der entweder die Willensrichtung des Täters auf die Tat zielt oder die Tatverübung (oder -Unterlassung) zwar ungewollt ist, aber als „fahrlässige" der Persönlichkeit des Täters zurechenbar erscheint. Die fahrlässige Handlung enthält gleichfalls das Willensmoment, aber in entgegengesetzter Richtung wie die vorsätzliche Handlung. Der vorsätzliche Täter will den rechtswidrigen Erfolg; der fahrlässige Täter will einen strafrechtlich neutralen, irrelevanten Erfolg, seine Schuld liegt darin, daß er es unterläßt, dem rechtswidrigen Erfolg auszuweichen. Er wird gestraft, weil er es unterläßt, den Eintritt des rechtswidrigen Erfolgs zu vermeiden.

Wer in vorsichtiger, rechtlich zulässiger Weise auf der Jagd schießt, ein Fuhrwerk lenkt, eine Sprengung mit Pulver vornimmt, ein Feuer entfacht, seine Aussage unter Eid abgibt, — dessen Wille ist auf Vermeidung der Vernichtung fremden Lebens, der Inbrandsetzung des Hauses, der Abgabe einer unrichtigen Aussage gerichtet. Der fahrlässige Begeher eines Totschlags, einer Brandstiftung, eines Falscheides unterläßt es, seinen Willen auf jene Vermeidung zu richten. Und darin liegt seine Schuld.

Die Willensrichtung des vorsätzlichen Verbrechers ist eine positive, jene des fahrlässigen ist eine doppelt negative — Unterlassung einer rechtlich gebotenen Erfolgsvermeidung.

der Wille des Rechts, daß das durch so qualifizierte Handlungen begangene Unrecht dem Handelnden als sein subjektives . . Unrecht, kurz als seine ‚Schuld' zugerechnet werden soll."

Vorsatz ist Erfolgswille, Fahrlässigkeit ist Willensunterlassung der Erfolgsvermeidung.

4. Mit dem Dargelegten ist Stellung gegen die Vorstellungstheorie bezüglich der Schuld genommen.[3]) Diese Theorie findet, so weit ihr ein Schein von Berechtigung zukommt, die Stütze in der herrschenden psychologischen Lehre über den Willen, nach welcher ein spezifisches, über Rezeption, Assoziation, Kombination von Vorstellungen hinausgehendes Moment im Willen nicht vorhanden sei. Allein die experimentelle Psychologie kann mit Recht nur soviel sagen: nach dem heutigen Stande der Forschung läßt sich das spezifische Moment im Willen nicht finden.[4])

Vorstellung ist Mittel der Erkenntnis.[5]) Wille ist 1. Voraussetzung der Handlung (Handlung hier = bewußtes Tun), und 2. Teil der Handlung selbst.[6])

---

[3]) Hauptvertreter der Vorstellungstheorie: R. Frank. Dieser präzisiert seine Auffassung in der Abhandlung Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre, Z. X, S. 217, folgendermaßen:

„Vorsatz (Dolus) ist die Voraussicht (Das Bewußtsein) des Erfolgs meiner Handlung, verbunden mit der Kenntnis derjenigen Umstände, welche die Handlung zu einer strafbaren machen. Die Voraussicht kommt zum Ausdruck:

1. in dem Urteil: der Erfolg wird eintreten. . . (Voraussicht des Erfolgs als eines gewissen).
2. in dem Urteil: der Erfolg muß eintreten. . . . (Voraussicht des Erfolgs als eines notwendigen).
3. in dem Urteil: der Erfolg kann eintreten. . . . (Voraussicht des Erfolgs als eines möglichen) . . . ."

v. Liszt, Lehrbuch 14./15. Aufl., S. 170: „Vorsatz ist die die Willensbetätigung begleitende Kenntnis der sämtlichen zum gesetzlichen Tatbestande gehörigen Tatumstände." S. 171 f.: „Vorsatz liegt vor: a) wenn der Erfolg beabsichtigt, d. h. die Voraussicht des Erfolges Beweggrund des Handelns war; . . . b) Vorsatz liegt weiter vor, wenn der Täter den Eintritt des Erfolges vorausgesehen hat, ohne daß diese Voraussicht Beweggrund seines Handelns war."

Eine vorzügliche und eingehende Darstellung und Bekämpfung der Vorstellungstheorie gibt R. v. Hippel, Die Vorstellungstheorie, ein kritischer Beitrag zur Vorsatzlehre, Leipzig 1901; dazu: R. v. Hippel, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Leipzig 1903.

[4]) Vgl. hiezu und zum Folgenden Berolzheimer, System, Bd. IV, S. 88—93.

[5]) Schopenhauer, Die Welt als Wille und Vorstellung, II. Bd., 2. Buch, Kap. 18 (WW. ed. Grisebach, Bd. II, S. 222): „Was ist Erkenntnis? — Sie ist zunächst und wesentlich Vorstellung. — Was ist Vorstellung? — Ein sehr komplizierter physiologischer Vorgang im Gehirne eines Tieres, dessen Resultat das Bewußtsein eines Bildes ebendaselbst ist."

[6]) Schopenhauer, Die Welt als Wille und Vorstellung, I. Bd., 2. Buch, § 18 (WW. ed. Grisebach, Bd. I, S. 152): „In der Reflexion allein ist Wollen und Tun

Daß die Vorstellungstheorie im Unrecht ist, ergibt schon die einfache Erwägung, daß bei zusammengesetzten oder länger andauernden Handlungen die Erfolgsvorstellung im Laufe der Handlung wechseln kann, ohne daß die Handlung dadurch verändert wird, während jede Änderung des Handlungswillens gleichbedeutend ist mit der Änderung der Handlung selbst.

Die Vorstellungstheorie degradiert den Wollenden zum bloßen Beschauer seines Tuns. Wenn Vorsatz gleich Voraussicht des Erfolgs der eigenen Tätigkeit ist, würde der Täter von dem dritten unbeteiligten Zuschauer nur durch das Zufallsmoment geschieden sein, daß in seiner — des Täters — Person das Beschauen und die Tätigkeit zusammentreffen.

Wollen bedeutet Handeln.[7]) Das Strafrecht hat es aber nur mit Handlungen zu tun.[8])

Im übrigen darf ich wohl auf die ausgezeichnete Darstellung und Widerlegung der Vorstellungstheorie durch v. Hippel verweisen.[9])

---

verschieden: in der Wirklichkeit sind sie Eins. Jeder wahre, echte, unmittelbare Akt des Willens ist sofort und unmittelbar auch erscheinender Akt des Leibes: und diesem entsprechend ist andererseits jede Einwirkung auf den Leib sofort und unmittelbar auch Einwirkung auf den Willen: sie heißt als solche Schmerz, wenn sie dem Willen zuwider; Wohlbehagen, Wollust, wenn sie ihm gemäß ist. Die Gradationen beider sind sehr verschieden. Man hat aber gänzlich Unrecht, wenn man Schmerz und Wollust Vorstellungen nennt: . . . .“

[7]) Max Müller, Beiträge zur Kenntnis der indischen Philosophie, Zeitschrift der deutschen morgenländischen Gesellschaft, Bd. VI, 1852, S. 31 (scil. in Kaṇâda's Vaiçeshika-Lehre): „ . . . Wunsch . . ist Begehren; . . . Wille ist Tätigkeit . . .“

Shakespeare, Macbeth, 4. Aufz., 1. Sc.:

„Der flüchtige Wille wird nie eingeholt,
Wenn nicht die Tat sogleich mit ihm geht.“

[8]) M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung S. 35 f.: „Alle Schuld Willensschuld.“ S. 103: „Somit ist die Schuld der unmögliche, die schuldhafte Handlung der einzige mögliche Gegenstand strafrechtlicher Forschung.“ (S. 106: „Im Sinne des Rechtes ist diejenige Handlung schuldhaft, von welcher der Satz gilt: Sie ist eine pflichtwidrige Willensbetätigung, die einen rechtswidrigen Erfolg zur Wirkung hat.“)

[9]) v. Hippel, Die Vorstellungstheorie, S. 355 (3): „Der sachliche Kern der Vorstellungstheorie läßt sich in . . . zwei Sätze zusammenfassen: Negativ wird die Bestimmung des Vorsatzbegriffes durch das Wollen des Erfolges . . . als unbrauchbar — unrichtig oder nichtssagend — abgelehnt; positiv unternimmt die Theorie es, den Vorsatz durch die Voraussicht, die Vorstellung des Erfolges (bezw. durch die Kenntnis der Deliktsmerkmale) zu bestimmen.“ S. 436 f. (84 f.): „. . . . Das Vorsatzproblem lautet: . . . . Wann begründet die Vorstellung des Erfolges bezw. die Kenntnis der zu vertretenden Tatumstände Vorsatz und wann nicht? Die herrschende

Auch die von M. E. Mayer gegebene Begriffsfeststellung von Vorsatz und Fahrlässigkeit unter Verwendung des Motivs als konstruktiven Prinzips[10]) ist wertvoll, sofern man ihr eine psychologische Stütze der Willenstheorien entnehmen kann. Denn das Motiv ist Faktor der Willensbildung.

Endlich sei noch darauf verwiesen, daß die Vorstellungstheorie auch rechtsphilosophisch unhaltbar ist. Denn durch die Vorstellungstheorie würde das Schuldmoment seines ethischen Charakters beraubt und abgeschwächt zur bloßen Manifestation des Intellekts.

Ansicht antwortet darauf: Vorsatz ist gegeben, wenn der vorgestellte Erfolg gewollt, wenn der Wille auf die Verwirklichung der zu vertretenden Tatumstände gerichtet war.

Eine kleine, aber angesehene Gruppe von Schriftstellern verwirft diese . . ‚Willenstheorie' mit unzureichenden Gründen und stellt ihr eine Ansicht gegenüber, welche sie als Vorstellungstheorie bezeichnet. Letztere Bezeichnung läßt sich inhaltlich rechtfertigen bei denjenigen Autoren, welche lediglich die Bestimmtheit der Vorstellung entscheiden lassen wollen. Diese Schriftsteller aber sind entweder überhaupt zu keiner klaren Abgrenzung des Vorsatzes oder zu unrichtigen Ergebnissen gelangt; ihr Unternehmen ist auch für die Zukunft hoffnungslos. Die übrigen Vorkämpfer der sog. Vorstellungstheorie führen diesen Namen mit Unrecht. Denn über den Vorsatz entscheidet bei ihnen nicht die Vorstellung, sondern eine erst unter dem Einfluß der letzteren und der an dieselbe anknüpfenden Gefühle entstandene intensivere seelische Beziehung des Täters zum Erfolg, also ein zur Vorstellung hinzutretendes Moment. Nähere Analyse dieses Moments lehrt, daß dasselbe nichts anderes ist als das Wollen des Erfolges. Daraus folgt: soweit die heute sogenannte Vorstellungstheorie wirklich Vorstellungstheorie ist, ist sie unbrauchbar; soweit sie brauchbar ist, ist sie Willenstheorie.

Für die Zukunft bleibt demnach als einheitliches Vorsatzproblem nur dasjenige der Willenstheorie übrig: wann ist der vorgestellte Erfolg gewollt, wann ist der Wille auf die Verwirklichung der zu vertretenden Tatumstände gerichtet?"

v. Hippel, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 74 f.: „Die herrschende Ansicht . .: Vorsatz ist gegeben, wenn der vorgestellte Erfolg gewollt, wenn der Wille auf die Verwirklichung der zu vertretenden Tatumstände gerichtet war. . . . . Soweit die heute sogenannte Vorstellungstheorie wirklich Vorstellungstheorie ist, ist sie unzutreffend; soweit sie zutreffend ist, ist sie Willenstheorie."

[10]) M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung, S. 137 ff. Daselbst S. 159: „Diejenige schuldhafte Handlung ist vorsätzlich begangen, für welche die Vorstellung vom rechtswidrigen Erfolg nicht Gegenmotiv geworden ist, sei es, weil sie Hauptmotiv gewesen ist, die Handlung zu begehen, sei es, weil sie kein Motiv gewesen ist, die Handlung zu unterlassen." S. 180: „Fahrlässig begangen ist diejenige schuldhafte Handlung, für welche die Vorstellung vom rechtswidrigen Erfolg nicht Gegenmotiv geworden ist, sei es, weil sie nicht vorhanden, sei es weil die Vorstellung vom Nichteintritt des Erfolges dem Täter ein Grund mehr gewesen ist, die Handlung vorzunehmen."

5. Das Reichsrecht kennt neben den reinen Vorsatzdelikten auch Absichtsdelikte.[11]) Absichtsdelikte sind Vorsatzdelikte, bei welchen zum Vorsatz (= dem Erfolgswillen) noch ein weiteres subjektives Moment hinzutritt, nämlich ein **zweiter weiterer Erfolgswille.**[12])[13])

Bei vielen vorsätzlichen Handlungen des Menschen, wohl bei den meisten, ist der Wille auf eine Reihe von Erfolgsmomenten gerichtet. Der Spaziergänger will gehen, um ein Ziel zu erreichen, sich zu erholen. Der Käufer kauft, nicht nur um das Objekt zu erwerben, sondern auch, um es irgendwie zu verwerten. Der Dieb stiehlt, nicht nur um das Gut zu erhalten, sondern auch um es unmittelbar oder mittelbar zu genießen etc.

In der Regel ist der weitere Erfolgswille (der auf einen weiteren Erfolg gerichtete Wille) rechtlich irrelevant. Der weitere Erfolgswille ist als Zweck oder Absicht oft das ausschlaggebende Motiv für die Handlung. Auch als Zweckwille oder Absicht bleibt der weitere Erfolgswille regelmäßig für das Recht irrelevant. Er kann aber bedeutsam werden, z. B. als Irrtum im Motiv. Er kann auch strafrechtlich bedeutsam sein bei der Strafzumessung. Der

[11]) Über den Begriff der Absicht vgl.: Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, S. 594—602; Kohler, Studien aus dem Strafrecht, I, Mannheim 1890, S. 67—83; Frank, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 3./4. Aufl., Leipzig 1903, S. 105 f.; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 406—415 (dort ist jedoch irrig die Absicht als Tatbestandsmerkmal bezeichnet); Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 264—266; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 171 f.; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 7. Aufl., an den in Bd. II, S. 1508 angeführten Stellen.

[12]) Treffend sagt Frank, Kommentar, 3./4. Aufl., S. 105, mit Bezug auf die Absichtsdelikte: „In einzelnen Fällen fordert das Gesetz eine Verschuldung, die über den einfachen Dolus hinausgeht."

[13]) Bezüglich der Terminologie des RStGB.s sei daran erinnert, daß Absichtsdelikte nach Reichsrecht nur solche sind, bei denen das Gesetzbuch sagt: „Wer .... in der Absicht ...." Hingegen gebraucht das RStGB. das Wort „beabsichtigt" in der Bedeutung von „vorsätzlich begangen", das Wort „absichtlich" in der Bedeutung vorsätzlich. Vgl. Binding, Die Normen, Bd. II, S. 597. Jedoch in § 85, Ziff. 2 RMStGB. wird der Ausdruck „absichtlich" (Wer aus Feigheit ... durch absichtlich veranlaßte Trunkenheit sich dem Gefechte ... zu entziehen sucht) anscheinend nicht im Sinne von vorsätzlich, sondern im Sinne von Absicht (= Zweck, die Gefährdung von Leib oder Leben zu vermeiden) gebraucht. Vgl. über die Bedeutung absichtlich = vorsätzlich auch Olshausen-Zweigert, Kommentar zum RStGB., 7. Aufl., N. 25, Abs. 2 zu § 43 (beabsichtigt = vorsätzlich), Note 2 zu § 202 (Absicht = Vorsatz!!), ferner Note 11c zu § 48, Note 1 zu § 210, Note 12 zu § 266 (absichtlich = vorsätzlich).

Zweckwille wird Schuldfaktor in jenen Fällen, in denen der Gesetzgeber nur dann Strafbarkeit statuiert, wenn neben dem Vorsatz noch eine bestimmte Absicht (z. B. sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen) vorliegt.

Absicht ist die als Motiv wirksame Willensrichtung auf einen weiteren Erfolg außer dem unmittelbaren Taterfolg.

Der legislativpolitische Grund, weshalb ein Teil und nur ein bestimmter Teil der Vorsatzdelikte zugleich Absichtsdelikt ist, wird ersichtlich, sobald man die Absichtsdelikte näher betrachtet. Sie sämtlich stellen Handlungen dar, die nur bei Vorliegen einer gewissen Absicht als Ausfluß einer verbrecherischen Persönlichkeit erscheinen. Der Betrüger des § 263 RStGB. scheidet sich vom Lügner und harmlosen Schwindler durch die Absicht rechtswidriger Bereicherung. Der Hehler offenbart sich weit mehr als verbrecherische Persönlichkeit, bekundet schwerere Strafschuld als der einfache Begünstiger etc.

Der Gesetzgeber setzt die Absicht als Schuldfaktor oder Schulderhöhungsgrund, soweit nur eine gewisse Absicht den Täter als verbrecherischen Menschen erscheinen läßt, oder soweit eine gewisse Absicht die Schuld des Täters als erhöhte erweist.

6. Das geltende Strafrecht kennt die Graduierung der Fahrlässigkeit gemäß der Schuldschwere, eine Scheidung in grobe und leichte Fahrlässigkeit nicht. Hingegen wirkt in gewissen Fällen die Fahrlässigkeit unter Verletzung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht strafschärfend.[14]) Abgesehen hievon kommt die Intensität des fahrlässigen Verschuldens nur bei Bemessung der Strafe in Betracht. De lege ferenda wird die Scheidung mancherseits angeregt.[15]) Sie empfiehlt sich jedenfalls für solche Fälle, in denen — wie im Schweizer Vorentwurf der Expertenkommission — als Nebenstrafe, richtiger als polizeiliche Sicherungsmaßregel, die Untersagung der Berufsausübung für zulässig erklärt wird.[16]) Falls das künftige Strafgesetzbuch die Untersagung der Berufsausübung

[14]) Vgl. §§ 230 Abs. II, 232 RStGB.s. Siehe dazu Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 424 f.

[15]) Vgl. unten § 25, Note 7.

[16]) Art. 34 des Vorentwurfs bestimmt (ohne zwischen vorsätzlichem und fahrlässigem Delikt zu scheiden): „Hat der Täter durch ein Verbrechen die Pflichten des Berufes, Gewerbes oder Handels, den er betreibt, grob verletzt und liegt die Gefahr weiteren Mißbrauchs vor, so untersagt ihm der Richter die Ausübung des Berufes, Gewerbes oder Handels für die Zeit von 1 bis 15 Jahren. Bei Verurteilung zur Freiheitsstrafe fällt die Strafzeit nicht in Berechnung."

für Berufe, bei denen die Fahrlässigkeit im Beruf Leib oder Leben eines größeren Personenkreises bedroht (Baumeister, Chauffeure etc.), für zulässig erklärt, erscheint es angezeigt, daß die Möglichkeit der Untersagung an das Vorliegen grober Fahrlässigkeit geknüpft wird.[17][18]

§ 13. Geisteskrankheit. Geminderte Schuldfähigkeit. Trunkenheit und Trunksucht.

[1] 1. Die Tat des Geisteskranken ist nicht Handlung im Rechtssinn. Das Verbrechen wird dem Geisteskranken nicht zu-

[17] Vgl. Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 425—427.

[18] Anschließend an diesen Paragraphen wäre das Problem der Kausalität zu untersuchen. Dieses ist jedoch bereits im Bd. IV, S. 144—159 behandelt. Jenen Ausführungen habe ich nichts beizusetzen.

[1] Literatur über Geisteskrankheit und über geminderte Zurechnungsfähigkeit: Krohne, Lehrbuch der Gefängniskunde, Stuttgart 1889, S. 271—274; L. Wille, Zur Frage der geminderten Zurechnungsfähigkeit, Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, Bd. III, 1890, S. 1—13; Leppmann, Strafvollzug und Geistesstörung, in den Jahrbüchern für Kriminalpolitik und innere Mission, Bd. I, Halle a/S. 1895, S. 236—256; Emmert, Über psychische Zustände, welche Strafbarkeit ausschließen oder vermindern, Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, Bd. VIII, 1895, S. 65—74; Vargha, Die Abschaffung der Strafknechtschaft, I. Teil, Graz 1896, S. 363—484; Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage, Berlin 1897 (S. 168—193 über „die sogenannte verminderte Zurechnungsfähigkeit"); A. Weingart, Die verminderte Zurechnungsfähigkeit Z. XIX, S. 133—148; G. Tarde, La philosophie pénale, 5. éd., p. 149 bis 210; Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, S. 103—107 (über Zurechnungsfähigkeit), S. 107—113 (über verminderte Zurechnungsfähigkeit); v. Krafft-Ebing, Lehrbuch der gerichtlichen Psychopathologie, 3. Aufl., 2. Ausg., Stuttgart 1900, S. 90—214; Aschaffenburg, Das Strafrecht, im Handbuch der gerichtlichen Medizin von Hoche, Berlin 1901, S. 13—47; Herm. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, S. 28—34, 39—45; Hübbe, Die strafrechtliche Behandlung der verminderten Zurechnungsfähigkeit (Beling, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 43), Breslau 1902; Kurella, Die Grenzen der Zurechnungsfähigkeit und die Kriminal-Anthropologie, Halle a/S. 1903; Pelman, Strafrecht und verminderte Zurechnungsfähigkeit, in der Politisch-Anthropologischen Revue, Jahrg. II, 1903/04, S. 63—72; Kahl, Die strafrechtliche Behandlung der geistig Minderwerten, Verh. des 27. Deutschen Juristentages, I. Bd. (Gutachten), Berlin 1904, S. 187—248; Leppmann, Die Behandlung der geistig Minderwerten, Verh. des 27. Deutschen Juristentages, III. Bd. (Gutachten), Berlin 1904, S. 136—153; desgleichen, X. Landesversammlung der Gruppe Deutsches Reich der IKV., Referenten: v. Liszt und Leppmann; Finger, Über die „geminderte Zurechnungsfähigkeit" und die strafrechtliche Behandlung der „gemindert Zurechnungsfähigen", Gerichtssaal, Bd. 64, 1904, S. 257—319; E. Hafter, Die Behandlung der vermindert Zurechnungsfähigen im Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. I, 1904, S. 77—92; H. Hoegel, Die Behandlung der Minderwertigen, ebenda S. 333—341;

gerechnet, weil seine Persönlichkeit vom Recht nicht anerkannt ist. Und sie wird mit Recht nicht anerkannt; denn die Tat des Geisteskranken ist nicht Ausfluß seiner Persönlichkeit, sondern der Krankheit.[2])

Kraepelin, Zur Frage der geminderten Zurechnungsfähigkeit, ebenda S. 477—493; E. Bleuler, Die psychologischen Kriterien der Zurechnungsunfähigkeit, ebenda S. 621—634; v. Liszt, Schutz der Gesellschaft gegen gemeingefährliche Geisteskranke und vermindert Zurechnungsfähige, in der Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. I, 1904, S. 8—15; v. Sichart, Gedanken eines Verteidigers der Zweckstrafe über Zurechnungsfähigkeit, ebenda S. 669—681; Fr. Mohr, Willensfreiheit und Psychopathologie, ebenda S. 733—759; R. Loening, Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre, Bd. I, S. 236—245; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 441—445; A. Köhler, Reformfragen des Strafrechts, S. 38—40; Wildermut, Über die Zurechnungsfähigkeit der Hysterischen, Juristisch-psychiatrische Grenzfragen, herausg. von Finger, Hoche und Bresler, II. Bd., Heft 1/2, Halle a/S. 1904, S. 80—90; Kitzinger, Die IKV., 1905, S. 137—141 (Die Behandlung der gemindert Zurechnungsfähigen); Carl Günther, Die Zurechnung im Strafrecht und die gesetzliche Berücksichtigung der geistig Minderwertigen, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1905; v. Liszt, Entwurf eines Gesetzes betreffend die Verwahrung gemeingefährlicher Geisteskranker und vermindert Zurechnungsfähiger (IKV. XI, S. 637—658), Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. II, S. 499—519; Gottschalk, Materialien zur Lehre von der verminderten Zurechnungsfähigkeit, Berlin 1904; Oetker, Entwurf eines Reichsgesetzes, betr. die vorläufige Verwahrung und die Internierung gemeingefährlicher Geisteskranker und die Bestrafung, vorläufige Verwahrung und Internierung im Falle geminderter Schuldfähigkeit, IKV. XII, 1905, S. 58—75; Burgl, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Epileptiker, Nürnberg 1905; Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung, 2. Aufl., Heidelberg 1906, S. 161—171, 270—272; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 7. Aufl., Bd. I, S. 212—218; Longard, Die geminderte Zurechnungsfähigkeit, in der Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. III, Heft 2, 1906, S. 87—106; R. Werner, „Geistig Minderwertige" oder „Geisteskranke"?, ein Beitrag zu ihrer Abgrenzung mit Rücksicht auf die geplante Strafrechtsreform, Berlin 1906; Kreuser, Die Stellung der Geisteskranken in Strafgesetzgebung und Strafprozeß, Juristisch-psychiatrische Grenzfragen, herausg. von Finger, Hoche und Bresler, III. Bd., Heft 6/7, Halle a/S. 1906, S. 3—22; Schanz (Stuttgart), über dasselbe Thema, ebenda S. 23—41; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 127—130; Siefert, Über die Geistesstörungen der Strafhaft, Halle a/S. 1907.

[2]) Treffend ist das von Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage, S. 106 f., angeführte psychiatrische Zitat: „Der Hauptunterschied zwischen der verbrecherischen Handlung eines Gesunden und eines Geistesgestörten, bemerkt der Irrenarzt Dr. Monakow (Über die Grenzen der geistigen Gesundheit, Chur 1884), besteht . . . . in dem Umstande, daß bei dem Geisteskranken ein organisches, fremdartiges, dem Gesunden völlig unbekanntes Etwas bestimmend auf die Tat eingewirkt oder bei letzterer wenigstens intensiv mitgewirkt hat. . . . ."

Die von Liepmann für die Unzurechnungsfähigkeit gegebene Fixierung trifft nur teilweise zu, sofern sie nämlich den Gegensatz zum zurechnungsfähigen Menschen

In wenig glücklicher Weise hat das Reichsstrafgesetzbuch in § 51 diesen Gedanken formuliert. Indem dort das Vorhandensein einer strafbaren Handlung verneint wurde bei jener krankhaften Störung der Geistestätigkeit, durch welche „die freie Willensbestimmung ausgeschlossen ist", sollte die geminderte Zurechnungsfähigkeit von der Straffreiheit ausgenommen werden, sollte zum Ausdruck gebracht werden, daß die krankhafte Störung nur dann Schuld- und demgemäß Straffreiheit wirkt, wenn sie so weit geht, daß die Krankheit den Willen des Kranken bestimmt.[3])

Der Begriff der Geisteskrankheit im Gegensatz zur bloß geminderten Zurechnungsfähigkeit ist ein medizinisch fest umschriebener und zugleich nur durch ärztliche Forschung und Diagnose feststellbarer. Daher haben mit Recht andere Gesetzgebungen einfach die Bezeichnung „Geisteskrankheit" gebraucht ohne weiteren Zusatz. So im wesentlichen schon die Carolina.[4]) So auch — in breiter und

darstellt; aber Liepmann's Erklärung paßt sowohl auf den Unzurechnungsfähigen, als auch auf den vermindert Zurechnungsfähigen. (Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, S. 105: „Unzurechnungsfähigkeit liegt vor, wenn infolge mangelnder Entwicklungsreife oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit der seelische Gesamtzustand des Täters wesentlich abweicht von dem abstrakten Durchschnittsverhalten der Angehörigen einer jeweiligen Kultur." Die „wesentliche" Abweichung ist doch schon bei verminderter Zurechnungsfähigkeit gegeben!)

Auch die Begriffsbestimmung v. Liszt's leidet daran, daß sie für die Scheidung des Unzurechnungsfähigen und des gemindert Zurechnungsfähigen keinen Raum läßt. v. Liszt, Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, Z. XVII, S. 70—84, 75: „. . . . erblicken wir das Wesen der Zurechnungsfähigkeit in der normalen Bestimmbarkeit durch Motive. . . Wer auf Motive in normaler Weise reagiert, ist zurechnungsfähig. Die Zurechnungsfähigkeit entfällt mit jeder Störung des Seelenlebens, sei es im Gebiete des Vorstellens oder des Empfindens oder des Wollens, durch welche die Reaktion anormal, atypisch gestaltet wird." (a. a. O. S. 76—83 bringt v. Liszt selbst kritische Bedenken).

[3]) Dies ist das ausschlaggebende Moment. Das haben ältere Rechte ganz deutlich erkannt. Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Heft III, 1895, S. 188: „Von Geisteskranken wiederholt Friedrich II. in den Constit. Siculae I 14 die bekannte Stelle des römischen Rechts (fr. 12 ad leg. Corn. de sicar.), wornach sie durch die fati infelicitas (Friedrich II. sagt, durch infelicitatis casus) entschuldigt sind. (Vgl. auch bezüglich des kanon. Rechts c. 14 C. 3 qu. 9, c. 5 und 6 C. 15 qu. 1, aber auch c. 12 eod. mit dem dictum Gratiani; namentlich aber Clem. un. de hom. volunt. (5, 4). Vgl. auch Hinschius V S. 919.)"

Durchaus treffend sagt Ludwig Traeger, Wille, Determinismus, Strafe, S. 179: „Das Kriterium der Zurechnungsfähigkeit ist eine gewisse geistige Reife des geistig gesunden Menschen, und damit ist die Frage nach der Zurechnungsfähigkeit unabhängig gestellt von der Frage nach der Freiheit des Willens."

[4]) CCC Art. 135: „. . Melancoly, geprechlichkeit jrer synne oder annderer der-

kasuistischer Fassung — Strafgesetzbuch Baiern 1813, Art. 120; ferner Österreich, Strafgesetz 1852, § 2 lit. a, b und (teilweise) c.[5])

Strafgesetzbuch Preußen 1851, § 40: „Ein Verbrechen oder Vergehen ist nicht vorhanden, wenn der Täter zur Zeit der Tat wahnsinnig oder blödsinnig, oder die freie Willensbestimmung desselben durch Gewalt oder durch Drohung ausgeschlossen war."

Die beste und einfachste Formulierung gibt der Stooß'sche Entwurf, Art. 8: „Wer zur Zeit der Tat geisteskrank oder blödsinnig oder bewußtlos war, ist nicht strafbar."

Will man aber durchaus an der Formulierung mit Verbindung der „Willensbestimmung" festhalten, so sollte man wenigstens statt „freie" Willensbestimmung den Ausdruck Selbstbestimmung gebrauchen und sagen: Eine strafbare Handlung liegt nicht vor, wenn der Täter infolge Geisteskrankheit oder Bewußtlosigkeit zur Zeit der Tat sich nicht selbst bestimmen konnte.

2. In den Fällen der geminderten Zurechenbarkeit ist die Persönlichkeit infolge Krankheit oder krankhafter Artabweichung oder angeborenen oder erworbenen Defekts nicht intakt.

Intellekt oder Psyche ist hier durch Krankheit oder angeborene Anlage geschwächt. Es besteht eine Gemütserkrankung oder eine Geisteskrankheit leichten Grades. Hierher gehören insbesondere die Fälle des Schwachsinns.[6])

An der Bezeichnung gemindert Zurechnungsfähige, die ja nicht besonders glücklich klingt, wird mancherseits Anstoß genommen.[7]) Man könnte statt dessen den Ausdruck gemindert Schuldfähige wählen, wie es vereinzelt geschieht. Andrerseits empfiehlt sich die Bezeichnung geminderte Zurechnungsfähigkeit, damit zum Ausdruck gebracht wird, daß es sich hier um krankhafte Störungen

gleichen blodigkeiten . . ." (Vgl. Bamb. Art. 160); Art. 150 (Bamb. 175); Art. 175: „. . thorheit der personen . ." (Bamb. Art. 201); Art. 179: „. . jemandt, der Jugent oder anderer geprechlichkeit halbenn, wissentlich seiner synne nit hett . ." (Bamb. Art. 205).

Ich zitiere nach der Ausgabe von Kohler und Scheel, Die Carolina und ihre Vorgängerinnen, I, Halle 1900, II, Halle 1902.

[5]) Strafgesetzbuch Bayern 1861, Art. 67, Abs. I, spricht von fehlender Fähigkeit der Selbstbestimmung (oder Mangel der zur Erkenntnis der Strafbarkeit der Tat nötigen Urteilskraft) wegen Blödsinnes, Wahnsinnes, Raserei oder „höchsten Grades" der Betrunkenheit „oder aus ähnlichen Ursachen", gebraucht jedoch Art. 67, Abs. II und Art. 68 promiscue auch die Bezeichnung: Freiheit der Willensbestimmung.

[6]) Vgl. Pelman, Strafrecht und verminderte Zurechnungsfähigkeit, Politisch-Anthropologische Revue, Jahrg. II, S. 71.

[7]) So Kahl, Gutachten, Verh. des 27. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 247.

handelt; geminderte Schuldfähigkeit ist auch beim Adoleszenten vorhanden. Bedeutsam ist die Frage nicht; ich gebrauche die beiden Bezeichnungen promiscue.

Die rechtliche Anerkennung der geminderten Zurechnungsfähigkeit war schon im Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund vorgesehen.[8]) Sie unterblieb jedoch auf Grund der durchaus unzutreffenden Ansicht, durch Statuierung der mildernden Umstände sei ausreichend Gelegenheit gegeben, auch der geminderten Zurechnungsfähigkeit bei der Strafzumessung Rechnung zu tragen. Dies trifft nicht zu; einmal weil die mildernden Umstände nicht überall vorgesehen sind (Mord, Meineid!). Sodann aber, weil die Fälle der geminderten Zurechnungsfähigkeit häufig eine qualitativ anderweite Bestrafung heischen — nicht bloße Strafkürzung —, gemäß dem qualitativ anders beschaffenen Verschulden des gemindert Zurechnungsfähigen.

Mit Recht gehen im wesentlichen alle Autoren dahin einig, daß dem Charakter der Krankheit neben dem der Schuld bei der Bestrafung Rechnung getragen werden muß, daher eine qualitative Änderung des Strafvollzugs geboten ist.[9])

Die Vorschläge gehen meist dahin, daß hier neben oder anstatt der Strafe sichernde Maßnahmen zu treffen seien, und daß die Strafe selbst in besonderen Anstalten, die in der Mitte zwischen Gefängnissen und Irrenanstalten stünden, vollstreckt werden müßte. Die Idee der Sozialgefährlichkeit, der polizeiliche Bevormundungsgedanke tritt indes bei diesen Vorschlägen meist zu sehr in den Vordergrund. Es handelt sich doch primär um Schuld und Strafe. Will man den gemindert Zurechnungsfähigen, der infolge seiner krankhaft leichten Erregbarkeit in angetrunkenem Zustande zu Schlägereien neigt, neben der Strafe noch etwa jahrelang verwahren, bis er geheilt ist?!

Die Fälle geminderter Zurechnungsfähigkeit bieten ein Ana-

---

[8]) Siehe Motive, S. 101 f.

[9]) Vgl. Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, S. 113 („Empfiehlt sich, . . . für die Grenzgebiete der Zurechnungsfähigkeit bei verminderter Schuldfähigkeit, aber starker sozialer Gefährlichkeit qualitativ andersartige gesetzliche Maßregeln der Prävention und Sicherung neben oder anstatt der Strafe vorzusehen"); Kahl, Gutachten, Verh. des 27. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 137 ff., 246 f.; v. Liszt, Schutz der Gesellschaft gegen gemeingefährliche Geisteskranke und vermindert Zurechnungsfähige, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. I, 1904, S. 8 bis 15; Pelman, Strafrecht und verminderte Zurechnungsfähigkeit, Politisch-Anthropologische Revue, II, S. 72; Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung, 2. Aufl., S. 270 f.

logon zur Adoleszenz. Hier wie dort fehlt die volle geistige oder sittliche Reife. Die Ursache des Mangels ist eine verschiedene, im einen Fall Jugend, im andern Krankheit oder Krankhaftigkeit. Die Bestrafung der geminderten Zurechnungsfähigkeit ist daher in analoger Weise angezeigt, wie gegenüber dem Adoleszenten, jedoch mit den durch die Eigenart der Krankheit oder Krankhaftigkeit bedingten Änderungen. Daher erscheint gegenüber dem gemindert Zurechnungsfähigen geboten:

a) Mildere Bestrafung.[10])

b) Gesonderter Strafvollzug in Anstalten für gemindert Zurechnungsfähige.

c) Zulässigkeit einer sichernden Nachbehandlung im Falle der Gemeingefährlichkeit,[11]) innerhalb eines vom Gericht nach ärztlichem Gutachten zu bestimmenden Zeitraums, dessen Minimum und Maximum gesetzlich festzulegen wäre (etwa von drei oder sechs Monaten bis zu zwei oder drei Jahren).

d) Besondere Rechtsreaktion erheischt die Betätigung der Arbeitsscheu durch Bettel oder Landstreicherei seitens psychisch Minderwerter; vgl. unten § 32.

e) Durch die Gesetzgebung müssen endlich gegenüber gemindert Schuldfähigen erheblicher Gemeingefährlichkeit (z. B. dem Lustmörder, der noch innerhalb der Schuldfähigkeit steht) dieselben oder analoge Verwaltungsmaßnahmen für zulässig (nach erfolgter Strafverbüßung oder nach Abschluß der Nachbehandlung) erklärt werden, die gegenüber gemeingefährlichen Geisteskranken angewendet werden.

[12])3. Bei anethischer Strafrechtsgestaltung ist der Trunkene für

[10]) Etwa dergestalt, daß das vom gemindert Schuldfähigen begangene Verbrechen als Vergehen, das von ihm verübte Vergehen als Übertretung geurteilt würde. Vgl. unten § 25.

[11]) Treffend v. Liszt, Schutz der Gesellschaft gegen gemeingefährliche Geisteskranke etc., a. a. O. S. 15.

Auch der Vorschlag, die gemindert Zurechnungsfähigen, die keiner Verwahrung bedürfen, nach ihrer Entlassung zeitiger Beaufsichtigung durch verbesserte Polizeiaufsicht, Unterbringung in einer Familie oder Bestellung eines besonderen Pflegers zu unterwerfen (Kahl, Gutachten, Verh. des 27. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 247). ist beachtlich, dürfte aber bisweilen zu weitreichender Schädigung des Fortkommens des gemindert Zurechnungsfähigen führen.

[12]) Literatur über Trunkenheit und über Trunksucht: Hillebrand. Deutsche Rechtssprichwörter, Zürich 1858, S. 187 f.; v. Oettingen, Die Moralstatistik. 3. Aufl., Erlangen 1882, S. 684—696; E. Loening, in v. Schönberg's Handbuch der Politischen Ökonomie, 4. Aufl., III. Bd., 2. Halbbd., Tübingen 1898, S. 473—482

die Tat voll verantwortlich. Diese Auffassung bringt das deutsche Rechtssprichwort zum Ausdruck.[13]) Nach der sittlich-rechtlichen Auffassung handelt der sinnlos Trunkene schuldlos, daher straffrei, der Angetrunkene mit geminderter Schuld, deshalb geringerer Strafwürdigkeit. Dieser Standpunkt ist der richtige. Denn die Tat des sinnlos Trunkenen ist nicht Ausfluß der Persönlichkeit, sondern des Alkohols.[14])

Legislativpolitisch wäre zu erwägen, ob nicht die Verbrechensbegehungen seitens Angetrunkener oder Trunksüchtiger generell als Fälle geminderter Zurechnungsfähigkeit betrachtet werden sollten, und demgemäß der gleichen Bestrafungsart, wie diese, zu unterstellen wären.

4. Trunkenheit und Trunksucht als solche sind nach moderner Rechtsauffassung straflos, weil die bloß sittliche Verfehlung nicht vor den Strafrichter gehört. Das Laster ist nicht strafbar. Mit Recht wird indes nach manchen Rechten die Trunkenheit als Polizeiübertretung gestraft, wenn in der Trunkenheit ein Verbrechen verübt wurde.[15]) Treffend wird auch nach manchen Rechten die Trunken-

(Trunksucht); Hilty, Das Alkohol-Postulat, im Politischen Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft, herausg. v. Hilty, 14. Jabrg., 1900, S. 75—125; v. Krafft-Ebing, Lehrbuch der gerichtlichen Psychopathologie, 3. Aufl., 2. Ausg., Stuttgart 1900, S. 180—206 (Das alkoholische Irresein); Aschaffenburg, Alkoholgenuß und Verbrechen, Z. XX, S. 80—100; Stooß, Die Trinkerheilanstalten im Dienste der Kriminalpolitik, Vortrag, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 14, 1901, S. 317—325; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 500—508 und die Literaturangaben dort S. 483 f.; F. Endemann, Die Entmündigung wegen Trunksucht und das Zwangsheilungsverfahren wegen Trunkfälligkeit, Juristisch-psychiatrische Grenzfragen, herausg. von Finger, Hoche und Bresler, I. Bd., Heft 4, Halle a/S. 1904; Fr. Schaefer, Die Aufgaben der Gesetzgebung hinsichtlich der Trunksüchtigen, Jur.-psychiatr. Grenzfragen, I. Bd., Heft 5—7; K. Heilbronner, Die strafrechtliche Begutachtung der Trinker (Sammlung zwangloser Abhandlungen aus dem Gebiet der Nerven- und Geisteskrankheiten, V. 6/8), Halle a/S. 1905; W. Pfaff, Die Alkoholfrage vom ärztlichen Standpunkte, Vortrag vom 10. Dezember 1903, 2. Aufl., München 1906; Art. „Alkoholfrage" in Elsters Wörterbuch der Volkswirtschaft, 2. Aufl., 1. Lief., Jena 1906, S. 71—78, Verf. Elster; Cluß, Die Alkoholfrage vom physiologischen, sozialen und wirtschaftlichen Standpunkte, Berlin 1906; Hugo Hoppe, Alkohol und Kriminalität, Wiesbaden 1906.

[13]) Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter, Zürich 1858, S. 187, Ziff. 266: „Trunken gesündigt, nüchtern gebüßt." S. 188, Ziff. 267: „Trunken gestohlen, nüchtern gehängt."

[14]) Die abweichenden Bestimmungen der §§ 49II, 85 Ziff. 2, 151 des Deutschen Reichsmilitärstrafgesetzbuchs erklären sich aus dem Gesichtspunkte der Disziplin, bezw. der Kriegstüchtigkeit.

[15]) So ist nach Strafgesetz Österreich 1852, § 2, lit. Trunkenheit (eine „ohne

heit als Polizeiübertretung gestraft, wenn sie bei Ausübung von Gewerbstätigkeiten vorliegt, deren Beschaffenheit eine Gefährdung des Lebens, der persönlichen Sicherheit oder der Sicherheit des Eigentums zufolge der Trunkenheit befürchten läßt.[16]) In Fällen dieser Art trägt die Trunkenheit die Kriterien der Polizeiübertretung.[17])

5. Die Interessen der militärischen Disziplin und der Wahrung der Angriffs- und Verteidigungsfähigkeit im Kriegsfalle heischen eine besondere Beurteilung der Trunkenheit der Angehörigen des Militärverbandes. Aus diesen Gesichtspunkten erklären und rechtfertigen sich die Bestimmungen des Reichsmilitärstrafgesetzbuchs § 49 Abs. II (selbstverschuldete Trunkenheit kein Strafmilderungsgrund bei strafbarer Disziplinwidrigkeit oder bei Straftaten, die in Ausübung des Dienstes begangen werden), § 85 Ziff. 2 (mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren strafbares Verbrechen der Feigheit: der Versuch, durch absichtlich veranlaßte Trunkenheit sich dem Gefecht vor dem Feind oder einer anderen, mit persönlicher Gefahr verbundenen Dienstleistung zu entziehen), § 151 (Selbstherbeiführung der Untauglichkeit zur Dienstverrichtung infolge Trunkenheit seitens des zum Dienst Befohlenen oder im Dienst Befindlichen).

§ 14. Kindheit und Jugend.

[1])1. Nach dem Strafrecht der Kulturstaaten steht das Kind außerhalb der Strafschuld, während der Adoleszent nicht voll verantwortlich erscheint.

Absicht auf das Verbrechen zugezogene volle Berauschung[a]) bei Verbrechen i. e. S. (§ 1) Schuldausschließungsgrund, jedoch wird die Trunkenheit in diesem Falle als Übertretung gestraft (§§ 236, 523).

[16]) Siehe Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 505.

[17]) Vgl. unten § 27.

[1]) Literatur: Föhring, in v. Holtzendorff-v. Jagemann, Handbuch des Gefängniswesens, Bd. II, Hamburg 1888, S. 279—327 (Die Zwangserziehung und die Bestrafung Jugendlicher); Krohne, Lehrbuch der Gefängniskunde, Stuttgart 1889, S. 275 f.; Gutachten Foinitzki, Ist es notwendig und zweckmäßig, die Behandlung jugendlicher Verbrecher von der Unterscheidung abhängig zu machen, ob sie mit der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht gehandelt haben?, IKV. Bd. II, 1890, S. 45—52; über Behandlung Jugendlicher: Appelius, IKV. II. Landesversammlung der Gruppe Deutsches Reich, S. 10—12, Krohne, ebenda S. 12—15, Beratungen, ebenda S. 67—74; Gutachten Gauckler über das Strafmündigkeitsalter, IKV. Bd. I, Heft 2, S. 75—80; Getz, über dieselbe Frage, ebenda S. 109—122; Verhandlungen, IKV., Bd. II, S. 108—118; v. Liszt, Kriminalpolitische Aufgaben, Z. XII, S. 161—199; L. Fuld, Das französische Gesetz von 1889 über den Schutz der Kinder, Z. XIII, S. 850—861;

Der legislativpolitische Grund erhellt aus der Verknüpfung von Strafschuld und Persönlichkeit. Das Kind entbehrt der sittlichen Eigenpersönlichkeit, der Charakter des Jugendlichen ist noch nicht gereift.

Ferd. Tönnies, Jugendliche Kriminalität und Verwahrlosung in Großbritannien, ebenda S. 894—905; Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Heft III, 1895, S. 181—188; v. Lilienthal, Der Stooß'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Z. XV, S. 101 bis 111; Ferriani, Minderjährige Verbrecher, deutsch von Ruhemann, Berlin 1896; Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage, Berlin 1897, S. 140—168; Rapports Flandin, Vidal-Naquet und Moldenhawer, De la procédure à suivre contre le délinquant mineur, IKV. VI, 1897, S. 309—312, 399 sq., 455—458; Jugend-Schutz und Jugend-Besserung, Material und Abhandlungen, herausgegeben von A. Berger, I. Teil Material, Leipzig 1897; H. Groß, Criminalpsychologie, Graz 1898, Die Kinder, S. 490—502 (Die Kinder als Zeugen S. 493—498; Das Üble im Kinde, S. 498—502); Zucker, Über Schuld und Strafe der jugendlichen Verbrecher, Stuttgart 1899; v. Krafft-Ebing, Lehrbuch der gerichtlichen Psychopathologie, 3. Aufl., 2. Ausg., Stuttgart 1900, S. 51—62; Aschaffenburg, Das Strafrecht, im Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie von Hoche, Berlin 1901, S. 47—67; Herm. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, S. 34—37; W. Mittermaier, Die Behandlung jugendlicher Übeltäter im Strafgesetz, in: Die Jugendfürsorge, Bd. 3, Berlin 1902, S. 9—17; Hoegel, Die Straffälligkeit der Jugendlichen, Leipzig 1902; Hoegel, Straffälligkeit der Jugendlichen, in H. Groß, Archiv, Bd. 10, 1903, S. 1—69; Kahl, Die Reform des Deutschen Strafrechts im Lichte evangelischer Sozialpolitik, Verh. des 14. evang.-soz. Kongresses, Göttingen 1903, S. 94 f., 110 f.; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 267 bis 269, 458—467 und sonst; A. Köhler, Reformfragen des Strafrechts, S. 43—45; A. Löffler, Die Begnadigung jugendlicher Verbrecher in Österreich, Z. XXIII, S. 806—811; Baer, Über jugendliche Mörder und Totschläger, Kriminalanthropologische Betrachtungen, S.-Abdr. aus dem Archiv für Kriminalanthropologie, Bd. XI, Leipzig 1908; Gutachten H. Groß, Die strafrechtliche Behandlung der jugendlichen Personen, Verh. des 27. Deutschen Juristentages, I. Bd. (Gutachten) Berlin 1904, S. 89—96; Gutachten Klein über dieselbe Frage, daselbst S. 97—136; Rob. Gaupp, Über moralisches Irresein und jugendliches Verbrechertum, Juristisch-psychiatrische Grenzfragen, herausg. von Finger, Hoche und Bresler, II. Bd., Heft 1/2, Halle a/S. 1904, S. 51—68; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 7. Aufl., Bd. I, Berlin 1905, S. 234—248; v. Liszt, Die Zukunft des Strafrechts (Vortrag vom 4. April 1892), Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, II. Bd., Berlin 1905, S. 19—21; Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung (Vortrag vom 10. Dezember 1898), ebenda S. 246—250; Die Kriminalität der Jugendlichen (Vortrag vom 18. Oktober 1900), ebenda S. 331—355; Die strafrechtliche Behandlung der jugendlichen Personen, Verh. des 27. deutschen Juristentages, I. Bd., Berlin 1904, Gutachten von Hans Groß S. 89 bis 96, Gutachten von Klein(-Tegel-Berlin) S. 97—136; Raecke, Zur Frage der Behandlung jugendlicher Verbrecher, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. I, 1904, S. 304—309; Wulffen, Zur Kriminalpsychologie des Kindes, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. II, S. 172—178; F. Kitzinger, Die Internationale Kriminalistische Vereinigung, München 1905, S. 54—70 (Das Problem der Jugendlichen); Tuczek, Über das pathologische Element in der

2. Das Recht muß stets an bestimmte Altersstufen anknüpfen. Darin liegt für den Einzelfall oft eine Ungerechtigkeit, die sich aus der generellen Geltung der Rechtsnormen, aus der Ordnungsfunktion des Rechts ergibt.[2]) Das Reichsrecht hat diesem Moment Rechnung getragen, aber in wenig glücklicher Weise, indem es die Strafbarkeit des Adoleszenten an das Vorhandensein der „zur Erkenntnis der Strafbarkeit der Handlung erforderlichen Einsicht" geknüpft hat. Es handelt sich aber für die Strafschuld nicht um Wissen oder Nichtwissen, um Einsicht oder fehlende Einsicht, sondern um die Charakterbildung. Daher muß durch die Bestimmung des Gesetzgebers über die Straffähigkeit des Adoleszenten primär die mangelnde sittliche Reife berücksichtigt werden.

Die Schuldfähigkeit des Adoleszenten ist eine geminderte. Hieraus ergeben sich zwei Folgerungen. Erstens Wegfall der Bestrafung bei unzureichender Reife.[3]) Zweitens mildere Bestrafung bei vor-

---

Kriminalität der Jugendlichen, im Gerichtssaal, Bd. 65, 1905, S. 1—20; Die Zwangs-(Fürsorge-)Erziehung, Vorträge (und Referate) von Dannemann, Fuld, Balser, Best, Klumker, Juristisch-psychiatrische Grenzfragen, III. Bd., Heft 8, Halle a/S. 1906; Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung, 2. Aufl., Heidelberg 1906, S. 119—135, 266—270; Lenz, Das Verbrechen Unmündiger nach österreichischem Recht, in H. Groß' Archiv, Bd. 24, 1906, S. 274—280; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 125 f.

[2]) Diese Ungerechtigkeit tritt stets ein, sobald das Recht, eben auf Grund seiner Ordnungsfunktion, gewisse Rechtsfolgen an bestimmte Termine oder Fristen knüpft, z. B. Verjährung, Großjährigkeitsalter, Frist für Einlegung eines Rechtsmittels, für Wiedereinsetzung in den vorigen Stand etc. Wollte das Gesetz dem Richter hier völlig freien Spielraum lassen, so würde das staatsbürgerliche Interesse an der Rechtssicherheit, eine wesentliche Errungenschaft des Rechtsstaats, dem richterlichen Ermessen preisgegeben, das, obschon pflichtgemäß geübt, doch stets durch eine Reihe individueller und zufälliger Momente bestimmt wird. Aus diesem staatsrechtlichen Grunde ist den von Groß, Gutachten (S. 90, 96) aufgestellten Thesen nicht beizutreten. (Die Thesen lauten, Gutachten, S. 96: „I. Der Begriff der ‚jugendlichen Verbrecher' ist nicht weiter beizubehalten, da er nur ein äußerliches Unterscheidungsmerkmal als Einteilungsgrund enthält, er ist durch einen anderen zu ersetzen, welcher auf die Erziehbarkeit des Verbrechers Gewicht legt.

II. Die subjektiven Altersgrenzen, welche höchst verschieden entwickelte Individuen ungerechtfertigt zusammenfassen, haben im Strafgesetz völlig zu entfallen; bei jedem Individuum, welches sich in einem Alter befindet, das beendete Entwicklung zweifelhaft erscheinen läßt, ist vom Richter besonders zu untersuchen und zu entscheiden, ob Verantwortung mit Rücksicht auf das Alter vorliegt.")

[3]) Den Vorzug gegenüber dem deutschen Reichsrecht verdient der Stooß'sche Entwurf. An Stelle der völlig unpräzisen Bezeichnung des deutschen Strafgesetzbuches über die fehlende Einsicht der Adoleszenten bestimmt der Stooß'sche Entwurf (Art. 7, Abs. II): „Hat der Täter zur Zeit der Tat sittlich oder geistig auf der Stufe

handener Schuld, bei einer zur Bestrafung genügenden sittlichen Gereiftheit. Die mildere Bestrafung des schuldfähigen Adoleszenten kann aber gerechterweise nicht in der Art betätigt werden, wie dies im deutschen Reichsrecht geschieht. Nach heutigem Recht wird die Tat des Adoleszenten genau so qualifiziert, wie wenn sie von einem voll Schuldfähigen begangen wäre, und nur die Strafdrohung ist gemildert. Zufolge der geringeren Verschuldung des Adoleszenten stellt sich aber seine Handlung als Straftat geringeren Verschuldens dar. Dies könnte in der Weise zum Ausdruck gebracht werden, daß das Verbrechen (i. e. S.) des Adoleszenten als Vergehen (dazu Sicherungs-Deportation bei schwersten Verbrechen; s. unten Ziff. 5), das Vergehen des Adoleszenten als Übertretung geurteilt würde.[4])

3. Die Forderung, den Beginn der Straffähigkeit auf das vollendete 14. Lebensjahr hinaufzusetzen, wird fast allgemein erhoben. Zugleich wird postuliert, daß verbrecherische Kinder unter 14 Jahren bei sittlicher Gefährdung, Verdorbenheit oder Verwahrlosung der Zwangserziehung[5]) unterstellt werden können. Stooß trägt in seinem

---

eines Kindes unter vierzehn Jahren gestanden, so wird er wie ein Strafunmündiger behandelt (Art. 6)."

[4]) Vgl. unten § 25.

[5]) Literatur über Zwangserziehung: Krohne, Lehrbuch der Gefängniskunde, Stuttgart 1889, S. 501—512; Gutachten v. Jagemann, IKV. Bd. I, Heft 1, S. 61–73; Gutachten Moldenhawer, ebenda, Heft 2, S. 81—91; Altsmann, Die Zwangserziehung jugendlicher Verbrecher in Preußen, Z. XI, S. 89—113; L. Fuld, Die Zwangserziehung in ihrer prophylaktischen Bedeutung, Z. XI, S. 114—125; v. Liszt, Kriminalpolitische Aufgaben, Z. XII, S. 161—199; Appelius, Die Behandlung jugendlicher Verbrecher und verwahrloster Kinder, Berlin 1892; Lenz, Die Zwangserziehung in England, Stuttgart 1894; Zucker, Über die Behandlung der verbrecherischen und arg verwahrlosten Jugend in Österreich, Wien 1894; Wacker, Das Gefängniswesen, die staatliche Zwangserziehung der Jugendlichen und die Arbeitshausstrafe in Baden (Beling's strafrechtliche Abhandlungen, Heft 21), Breslau 1899; Dix, Die Jugendlichen in der Sozial- und Kriminalpolitik, Jena 1902; Šilović, Die Zwangserziehung Minderjähriger in Kroatien, IKV. Bd. 10, 1902, S. 329—349; Frank, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 3./4. Aufl., S. 95—97; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 215, 217; Ernst Hahn, Die Strafrechtsreform und die jugendlichen Verbrecher (Neue Zeit- und Streitfragen, herausg. von der Gehe-Stiftung, Jahrg. I, Heft 5/6), Dresden 1904; v. Liszt, Läßt das Zwangserziehungsgesetz Verbesserungen wünschenswert erscheinen? (1891), Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. I, S. 537—560; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 75, 167; Baernreither, Jugendfürsorge und Strafrecht in den Vereinigten Staaten von Nordamerika, Leipzig 1905; Olshausen, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 7. Aufl., Noten 7—12 zu § 55, Noten 9—14 zu § 56; W. Roscher, System der Armenpflege und Armenpolitik, 3. Aufl., ergänzt

Entwurf (Art. 6) diesen Forderungen Rechnung. Hierbei soll die Verwaltungsbehörde nach Stooß das Kind „angemessen versorgen". Statt dessen kann das Kind nach dem Stooß'schen Entwurf (Art. 6 Abs. III) durch die Schulkommission mit Schularrest oder mit Verweis bestraft werden. Auch diese Bestimmung ist zu billigen.

4. Die Erhöhung der Altersgrenze der vollen Strafmündigkeit wird vielfach gefordert. Nach manchen Rechten besteht auch schon eine höhere Altersgrenze, als im deutschen Reichsrecht. So tritt nach Strafgesetzbuch Österreich 1852, § 46 lit. a, die volle Strafverantwortlichkeit (für Verbrechen i. e. S., daselbst § 1) erst mit dem vollendeten 20. Lebensjahr ein.

Die Erhöhung der Strafmündigkeit über das vollendete 18. Lebensjahr hinaus ist zu empfehlen; denn die volle sittliche Reife tritt überwiegend erst später ein.

5. Wenn die Tat des Adoleszenten dessen Sozialgefährlichkeit erweist, erscheint eine sichernde Nachbehandlung aus analogen Gründen und in analoger Weise angezeigt, wie beim vermindert Zurechnungsfähigen. Die Nachbehandlung steht hier wie dort nicht unter dem strafrechtlichen, sondern unter dem polizeilichen Gesichtspunkt (nicht die Schuld, sondern die Gemeingefährlichkeit entscheidet). Die Maximaldauer der Nachbehandlung könnte, soweit es sich um schwerste Verbrechen handelt, gegenüber jener des gemindert Zurechnungsfähigen erheblich erweitert werden.

Es empfiehlt sich zu scheiden: in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle genügt eine sichernde Nachbehandlung in der Dauer von drei Monaten bis zu zwei Jahren, die hier, gegenüber Adoleszenten, lediglich in Überwachung oder ähnlicher Freiheitsbeschränkung (nicht -entziehung) zu bestehen hätte. Bei schwersten Verbrechen hingegen ist diese Nachbehandlung ungenügend. Es ist völlig unzureichend, wenn man den 17jährigen Mörder nach mehrjähriger Gefängnisstrafe und darauf folgender zweijähriger Überwachung freiläßt; es ist andererseits vom Standpunkte der strafrechtlichen Verschuldung, wie auch von jenem der polizeilichen Prävention verfehlt, wenn man den jugendlichen Mörder in der Weise straft, wie es das heutige Reichsrecht vorsieht. Bei schwersten Verbrechen des Adoleszenten empfiehlt sich eine sichernde Behandlung in der Dauer von 2 bis zu 20 Jahren durch Zwangsaufenthalt in den Kolonien (Deportation als

---

von Klumker, Stuttgart und Berlin 1906, S. 183—227 (Kinderfürsorge); H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 338. Siehe auch oben, Note 1.

Sicherungsmittel).[6]) Hierbei erleidet der Adoleszent nur die seinem (auf Grund der Adoleszenz) geringeren Verschulden entsprechende Strafe; zugleich wird die Gesamtheit geschützt gegenüber der durch das begangene Verbrechen bekundeten Gemeinfährlichkeit des Jugendlichen.

§ 15. Notwehr. Notstand.

I.[1]) 1. Die Straflosigkeit der Notwehrhandlung wird meist auf ein Recht der Notwehr gestützt. Dieser Gedanke findet eine Stütze

[6]) Vgl. unten § 47.

[1]) Literatur über Notwehr: D. Martin Luther's Tischreden oder Colloquia, IV. Abt. (D. Martin Luther's sämtliche Schriften, XXII. Bd., herausg. von Förstemann), Leipzig 1848, S. 456—473; Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Berlin 1851, S. 18; Levita, Recht der Notwehr, Gießen 1856; Geyer, Die Lehre von der Notwehr, Jena 1857; Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter, Zürich 1858, S. 191, Z. 271, S. 192, Z. 274, S. 193, Z. 275 f.; Osenbrüggen, Das Alamannische Strafrecht, Schaffhausen 1860, S. 151—165; Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter, Nördlingen 1864, S. 389, 394—396, Z. 554—575; Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, Leipzig 1885, S. 730—754; Kohler, Zur Lehre von der Blutrache, Würzburg 1885, S. 24; Kohler, Das chinesische Strafrecht, Würzburg 1886, S. 15; Kohler, Studien aus dem japanischen Recht, ZRV. Bd. 10, S. 391; L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, Erlangen 1891, S. 16 f.; v. Buri, Beiträge zur Theorie des Strafrechts, Leipzig 1894, S. 115—143 (Notstand und Notwehr); Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Heft III, 1895, S. 204—215; v. Lilienthal, Der Stooß'sche Entwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches, Z. XV, S. 292—294 Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, S. 177—187; Oppenhoff, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 14. Aufl., herausg. von Delius, Berlin 1901, zu § 54; Löffler, Unrecht und Notwehr, Z. XXI, S. 537—582; O. v. Alberti, Das Notwehrrecht, Stuttgart 1901; Ballin, Notwehrexzeß und Putativnotwehr, Diss., Erlangen 1902; Kohler, Das Banturecht in Ostafrika, ZRV. Bd. 15, 1902, S. 63; Das Recht der Hottentotten, ebenda S. 353; Kohler, Das indische Strafrecht, ZRV. Bd. 16, 1903, S. 185; Binding, Grundriß, 6. Aufl., S. 149—152; Oetker, Ueber Notwehr und Notstand nach den §§ 227, 228, 904 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Leipzig 1903; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 2, 13, 255; Ahsbahs, Die Grundlinien des Notwehrrechts, Diss., Kiel 1903; A. Köhler, Reformfragen des Strafrechts, S. 47 f.; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 383—394; Siegm. Keller, Der Beweis der Notwehr, eine rechtshistorische Studie aus dem Sachsenspiegel (Beling's strafrechtliche Abhandlungen, Heft 57), Breslau 1904; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 143—147; Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, Bd. II, 1. Abt., Notstand und Notwehr, Jena 1905; Kohler, Das Islamrecht, ZRV. Bd. 17, 1905, S. 215 f.; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 7. Aufl., Bd. I, Berlin 1905, S. 225 bis 230; v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. I, Berlin 1906, S. 248; Rissom, Notwehr und Waffengebrauch des Militärs, Berlin 1906; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 224—231.

schon in den Anschauungen der römischen Juristen, die ein natürliches Recht der Verteidigung gegen rechtswidrigen Angriff annahmen.[2])

Während der Herrschaft der naturrechtlichen Rechtsphilosophie hat dieses natürliche Recht uneingeschränkt Anerkennung gefunden. Auch in den Motiven zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund wird die Straflosigkeit der Notwehr auf das Notwehrrecht gestützt. Daselbst S. 102: „Den unbestrittenen Grundsatz, daß Notwehr ein Recht sei und daß die Ausübung eines solchen Rechtes niemals eine Strafbarkeit begründen könne, bringt der § 48 zum Ausdruck."

Diese Begründung ist jedoch abzulehnen. Sie ist durchaus naturrechtlich; sie stützt sich auf ein natürliches, ein unabhängig von der Rechtsordnung bestehendes Recht. Rechte dieser Art existieren aber nur in der Phantasie der konstruktionsverlegenen Naturrechtsphilosophie.

Zudem wird jene Anschauung durch die rechtsgeschichtliche Tatsache widerlegt, daß eine Reihe alter Rechte die Notwehr entweder überhaupt nicht, oder nur als Strafmilderungsgrund anerkannt haben.

2. Ein Recht zur Notwehr kann nur soweit bestehen, als es allenfalls durch die Gesetzgebung statuiert wird. Außerhalb, jenseits der Rechtsordnung gibt es überhaupt kein Recht und keine subjektiven Rechte. Das subjektive Recht kann daher stets nur Folge der ergangenen rechtlichen Regelung sein, nicht Ursache oder Voraussetzung der Rechtsbestimmungen. Demgemäß muß die legislativpolitische Begründung für die Straflosigkeit der Notwehrhandlung eine andere sein. Warum bestimmt das Recht, der Gesetzgeber, die Straflosigkeit der Notwehrhandlung? Sobald man auf die naturrechtliche, unhaltbare Begründung verzichtet, ergibt sich nur eine Lösung: Die Rechtsbildungsfaktoren, der Strafgesetzgeber legen dem Strafrecht die Persönlichkeit des von der Norm, vom Durchschnittsbürger und -Menschen nach unten, in malam partem Abweichenden zu Grunde. Wenn eine Handlung, auf die alle Tatbestandsmerkmale des Verbrechens zutreffen würden, unter Umständen begangen wird, die auch den Durchschnittsbürger zur Tat treiben — dann ist die

[2]) fr. 3 D. I, 1: „(Juris gentium est) ut vim atque iniuriam propulsemus." § 27 D. 43, 16: „Vim vi repellere licere . . . ius natura comparatur." Vgl. ferner die Anführungen und Darlegungen bei Levita, Das Recht der Notwehr, S. 31—52.

Tat nicht Ausfluß der verbrecherischen Persönlichkeit; deshalb wird sie nicht zum Verbrechen gestempelt.

Die Richtigkeit dieser Darlegung wird noch mehr evident im Hinblick auf die Straflosigkeit des Notwehrexzesses. Der im Affekt (Bestürzung, Furcht oder Schrecken) erfolgende Notwehrexzeß ist nicht nur nach Reichsstrafrecht straflos, er wird auch in den Partikularstrafgesetzbüchern für straflos erklärt,[3]) wohl überhaupt in den Kulturländern.

Diese Anomalie spottet jedem Deutungsversuch, wenn man nicht die von mir gewählte Erklärung annimmt. Notwehrhandlung, sowie Notwehrexzeß im Affekt sind Betätigungen der nichtverbrecherischen Persönlichkeit. Deshalb sind sie straflos.[4])

---

[3]) So ist der Notwehrexzeß nach Strafgesetzbuch Baiern 1813, Art. 130, straflos, wenn der Angegriffene „aus Überraschung übermächtiger Furcht in gestörter Besonnenheit" das Maß erlaubter Verteidigung überschritten hat.

Nach Strafgesetz Österreich 1852 (§§ 2 lit. g, 335, 431) wirkt der Notwehrexzeß bei Verbrechen, sofern er „nur aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken" erfolgt, Straflosigkeit oder Bestrafung wegen bloßer Fahrlässigkeit.

Gemäß Strafgesetzbuch Bayern, Art. 72, Abs. 3, ist der Notwehrexzeß straflos, wenn der Täter „nur aus Überraschung, Bestürzung, Furcht oder Schrecken jene Überschreitung begangen hat". Ähnlich (mit Beweispräsumtion) Strafgesetzbuch Baden 1845/51, § 91. Nach Strafgesetzbuch Württemberg 1839, Art. 103, ist bei Notwehrexzeß „auf die Persönlichkeit des Angreifers und des Angegriffenen, auf die Gemütsstimmung des letzteren und auf die besondere Lage, in der sich beide zur Zeit des Angriffs befanden, Rücksicht zu nehmen."

Nach Strafgesetzbuch Preußen 1851, § 41, ist „der Notwehr gleichzuachten, wenn der Täter nur aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist".

Der strafbare Notwehrexzeß begründet gemäß Strafgesetzbuch Bayern 1861, Art. 73, einen Strafmilderungsgrund. Das Gleiche gilt bei Tötung und Körperverletzung im Notwehrexzeß nach Strafgesetzbuch Württemberg 1839, Art. 244, 265, mit Art. 103, letzter Absatz. Nach dem Stooß'schen Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Art. 17, Abs. II (Art. 15, Abs. II der neuen Fassung) ist der Notwehrexzeß straflos bei „entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung". Zugleich bildet der Notwehrexzeß nach Art. 15, Abs. II des Entwurfs (in neuer Fassung) einen Strafmilderungsgrund.

[4]) Das Gleiche gilt von dem nach manchen Rechten bestehenden Tötungsrecht des Ehemanns bei flagrantem Ehebruch der Frau. Vgl. dazu L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 16; Kohler, Geschichte des italienischen Strafrechts, S. 319 f.; Kohler, Verbrecher-Typen in Shakespeares Dramen, Berlin (1903), S. 61.

Angesichts der Straflosigkeit des im Affekt begangenen Notwehrexzesses kann man nicht mit Erfolg davon ausgehen, daß die Notwehr der Rechtserhaltung gegenüber dem Unrecht dient. (So Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 384: „Die Notwehr ist Rechtserhaltung gegenüber dem Unrecht und zwar durch

3. Die irrige Erfassung der Notwehrhandlung als der Betätigung eines Rechts hat im Deutschen Reichsrecht zu einer formalistischen Gestaltung der Notwehrbestimmungen geführt, soferne auch gegenüber einem Angriff auf Eigentum die Wehr selbst bis zur Tötung des Angreifers gehen darf, wenn die Abwehr anders nicht erfolgreich betätigt werden kann. Dem entgegen hatten zwar zu weitgehend manche Partikularstrafgesetzbücher Verhältnismäßigkeit zwischen angegriffenem und verletztem Gut verlangt; aber Beachtung verdient jedenfalls die Bestimmung, nach welcher Notwehrexzeß vorliegt, wenn bei einem Angriff auf Eigentum die Wehr geübt wird, obschon Schadensersatz zu erwarten ist.[5])

Die durch manche Partikularstrafgesetzbücher statuierte Anzeigepflicht bei Verwundung oder Tötung[6]) wird mit Recht fallen gelassen. Sie entspringt dem Geist der Polizeibevormundung und der Beweispräsumtionen.

II.[7]) 1. Die rechtsphilosophische Erklärung der Straflosigkeit

---

eine Handlung, die normwidrig wäre, stände sie nicht im Dienste der Rechtserhaltung.")

[5]) So enthält das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit bei Tötung oder lebensgefährlicher Verletzung durch die Notwehrhandlung im allgemeinen: Strafgesetzbuch Baden 1845, § 87 (s. jedoch dort § 88).

Strafgesetzbuch Württemberg 1839 fordert die Verhältnismäßigkeit nicht, nimmt aber Notwehrexzeß an, wenn gegenüber einem rechtswidrigen Angriff auf liegendes oder bewegliches Eigentum Notwehr geübt wurde, obwohl der Notwehrübende wußte, daß nach den Umständen Schadensersatz zu erwarten sei (Art. 102, Ziff. 2 mit Art. 103, Ziff. 3).

Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, S. 186: „Hiernach sollten allgemein der Zurechnung Grenzen gesetzt sein, sobald der Eingriff in fremde Interessen zur Abwehr einer Notlage erforderlich war, und das geförderte Interesse das geschädigte in der sozialen Wertung überragt oder wenigstens den gleichen Wert wie dieses beanspruchen darf."

[6]) So bestimmt Strafgesetzbuch Baiern 1813, Art 136, Anzeigepflicht bei Verwundung oder Tötung. Unterlassung der Anzeige ist als solche strafbar und begründet die Vermutung überschrittener Notwehr. Auch Strafgesetzbuch Württemberg 1839, Art. 105, erfordert Anzeige bei Verwundung oder Tötung; die unterlassene Anzeige bewirkt Straffälligkeit. Gemäß Art. 106 besteht dieselbe Pflicht bei Notstandsverletzung und -tötung.

[7]) Literatur über Notstand: Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter, Zürich 1858, S. 181—191, Z. 268; S. 191 f., Z. 269, 270, 272, 273; Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter, Nördlingen 1864, S. 388—393, Z. 526—553; Janka, Der strafrechtliche Notstand, Erlangen 1878; A. Simonson, Der „Mignonette"-Fall in England, Z. Bd. V, 1885, S. 367—388; Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, S. 754—788; Kohler, Das chinesische Strafrecht, S. 15; (Heimberger, Über die Straflosigkeit der Perforation, Münchener Diss., Berlin 1889; auch abgedruckt in Eulenberg's Viertel-

des Notstandes bringt vielfach den richtigen Gedanken in naiver Formulierung zum Ausdruck. Wenn gesagt wird: „Silent leges inter arma“;[8]) „necessitas non habet legem“,[9]) „Not hat kein Gebot“;[10]) oder wenn Fichte[11]) den Staatsvertrag im Falle des Notstandes für aufgehoben erklärt, oder Grolman[12]) in ähnlicher Weise argumentiert, — so sind diese Anschauungen zwar sämtlich als solche irrig.

---

jahrsschrift für gerichtliche Medizin, N. F., Bd. 50, 1889, S. 307—314, Bd. 51, 1889, S. 61—82); P. Moriaud, De la justification du délit par l'état de nécessité, Genève-Paris 1889; v. Buri, Beiträge zur Theorie des Strafrechts, Leipzig 1894, S. 115—143 (Notstand und Notwehr); Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Heft III, S. 215 f.; v. Lilienthal, Der Stooß'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Z. XV, S. 294—296; Rud. Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, Straßburg 1895, S. 14—101; Stooß, Zur Abgrenzung des Notstandes, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 12, 1889, S. 330—338; (Heimberger, Strafrecht und Medizin, München 1899, S. 64 f.); Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, S. 177—187; Oppenhoff, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 14. Aufl., herausg. von Delius, zu § 53; Binding, Grundriß, 6. Aufl., S. 152—157; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 1—16, 69 f., 191; R. Loening, Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre, I. Bd., Die Zurechnungslehre des Aristoteles, Jena 1903, S. 195—210; Fritz Auer, Der strafrechtliche Notstand und das Bürgerliche Gesetzbuch, München 1903; A. Köhler, Reformfragen des Strafrechts, S. 46 f., 48; Oetker, Über Notwehr und Notstand nach den §§ 227, 228, 904 des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1903; Würzburger, Das Recht des strafrechtlichen Notstandes (Beling's strafrechtliche Abhandlungen, Heft 48), Breslau 1903; Kohler, Das indische Strafrecht, Bd. 16, 1903, S. 185; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 418—426; Schleifenbaum, Begriff und Bedeutung des gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs in § 227 BGB. (Beling's strafrechtliche Abhandlungen, Heft 54), Breslau 1904; v. Liszt, Lehrbuch, 14./15. Aufl., S. 147—151; Beling, Grundzüge des Strafrechts, 3. Aufl., S. 49; Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, II. Bd., 1. Abt., Notstand und Notwehr; Olshausen-Zweigert, Kommentar, 7. Aufl., Bd. I, S. 230—234; Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit, Halle a/S. 1905, S. 121—132; Kohler, Das Islamrecht, ZRV. Bd. 17, 1905, S. 216; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 231—239.

[8]) Cicero, Pro Milone 4, 10.

[9]) Felix Episcopus, C. 11 Dist. I de Consecr.: „. . . quoniam necessitas legem non habet . . .“

[10]) Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter, S. 188—191, Ziff. 268; vgl. auch S. 191 f., Ziff. 269, 270, 272, 273; Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter, S. 388, Ziff. 527, 528 („Not hat keine Ordnung oder Gesetz“); siehe daselbst auch S. 388 f., Ziff. 529—543.

[11]) Grundlagen des Naturrechts, 1791, S. 85—88.

[12]) Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft, 3. Aufl., Gießen 1818, S. 23, 150. Verwandt Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, Neustadt a. d. Orla 1836, S. 145, (463 f.); Heffter, Lehrbuch des gemeinen Deutschen Criminalrechts, 2. Aufl., Halle 1840, S. 40 f. (S. 40: „Außer dem Strafgesetz liegt V. was im Notstand . . . . unternommen wird.“)

Denn die Not hebt den Rechtszustand nicht auf, im Gegenteil, die Rechtsordnung erweist sich bei echter Not doppelt wirksam: 1. indem sie die Erlaubtheit der Notstandshandlung statuiert; 2. indem sie den Umkreis der straflosen Notstandshandlung abgrenzt, einschränkt.

Gleichwohl liegt jenen Sätzen der richtige Gedanke zu Grunde, daß nämlich die Notstandshandlung nicht Betätigung einer verbrecherischen Persönlichkeit ist, sondern daß der Durchschnittsbürger in Fällen der Not die Handlungen begeht, zu denen ihn die Not treibt.[13])

Besonders augenfällig wird die Richtigkeit der von mir gegebenen rechtsphilosophischen Deutung angesichts jener Fälle, in denen der Gesetzgeber die Erduldung des Notstandes bei Strafe heischt.[14]) §§ 84—88 RMStGB.s fordern, daß der Soldat im Kriege dem feindlichen Angriff standhält etc. Hier wäre die Flucht Betätigung der verbrecherischen Persönlichkeit; der feige Soldat ist Landesverräter.

2. Die Struktur der Notstandsbestimmungen weist regelmäßig eine Einengung der straflosen Notstandshandlung im Vergleich zur straflosen Notwehrhandlung auf. Dem Gesetzgeber schwebt offenbar der Gedanke vor, daß Notwehr erlaubt, die Notstandshandlung nur rechtlich geduldet ist. Bei der Notwehr steht der Durchschnittsbürger gegenüber dem Verbrecher, beim Notstand steht Durchschnittsbürger gegen Durchschnittsbürger, gegen Nichtverbrecher.

Das deutsche Reichsrecht ist hier in drei Beziehungen reformbedürftig:

a) Der Notstand muß nach Reichsrecht unverschuldet sein.

[13]) Aber er befindet sich dabei nicht in „unwiderstehlichem Zwang". Daß der Zwang kein unwiderstehlicher ist, erhellt schon aus der Tatsache, daß der Notstand bisweilen auch ohne Begehung einer nach Sachlage möglichen Notstandshandlung erduldet wird. Daß der Zwang auch nicht im Rechtssinn unwiderstehlich ist, ergibt sich daraus, daß in gewissen Fällen die Rechtsordnung die Erduldung des Notstands heischt. (Siehe oben im Text die nachfolgende Ausführung).

Daher ist die Präsumtion des unwiderstehlichen Zwanges bei Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des peinlichen Rechts, II, S. 188 f., nicht haltbar; die Übergehung des Notstandes — als im unwiderstehlichen Zwang mitenthalten — im Strafgesetzbuch Baiern 1813, Art. 121, Oldenburg 1814, Art. 126. Ziff. 9, Preußen 1851, Niederländ. Strafgesetzbuch 1881 (Art. 37—44), Österreich 1852. § 2 lit. g, nicht gerechtfertigt.

[14]) Mil.StGB. §§ 49, Abs. I mit 84—88; Seemannsordnung 1902, § 41, und andere Fälle. Vgl. v. Liszt, Lehrbuch, 14./15. Aufl., S. 151, und dazu (zum Teil dagegen) Frank, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 3./4. Aufl., Leipzig 1903, S. 95 (IV zu § 54).

Was bedeutet dies?[15]) Will man nach dem Wortlaut der Bestimmung ernstlich jede Schuld, jede Fahrlässigkeit als Grund der Ausschließung des Notstands setzen, so führt dies zu einer unhaltbaren Einengung der Notstandshandlungen. Eine Einschränkung der Unverschuldetheit ist daher geboten, etwa dahin, daß der Notstand nicht durch eigenes oder des im Notstand befindlichen Angehörigen strafbares Verschulden herbeigeführt sein darf.[16])

b) Die nach den Regeln der ärztlichen Kunst betätigte Abtreibung der Frucht oder Perforation (Trepanation) des Kindes zur Rettung des Lebens der Mutter ist nach dem Wortlaut des deutschen Notstandsrechts strafbar. Es liegt echte Notstandshandlung vor, jedoch betätigt durch den Nichtangehörigen. Die Versuche der Wissenschaft, gleichwohl die Straflosigkeit der Perforation darzutun, sind sämtlich mehr oder minder Verlegenheitserklärungen.[17]) Hier erscheint lex specialis geboten.[18])

c) Das deutsche Notstandsrecht ist auch insofern zu eng, als

[15]) Vgl. Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 7. Aufl., Bd. I, Note 7 zu § 54.

[16]) Nach Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Hessen 1853, Art. 45, Abschn. 3, ist die Notstandshandlung strafbar, wenn der Notstand vom Täter oder mit des Täters Wissen von dem im Notstand befindlichen Angehörigen „durch eigenes strafbares Verschulden" herbeigeführt war. Württemberg 1839, Art. 106, hat das Erfordernis des unverschuldeten Notstands überhaupt nicht.

[17]) Vgl. die Literaturangaben in Note 1; siehe insbes. Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 349 f. Vgl. ferner L. Oppenheim, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden, Basel 1892, S. 20, 32 f. (Oppenheim nimmt Straflosigkeit auf Grund Gewohnheitsrechts an); v. Lilienthal, Die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht, Festgabe für Bekker, Berlin 1899, S. 56; Oppenhoff, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 14. Aufl., herausg. von Delius, Berlin 1901, Note 4 zu § 218; Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Bes. Teil, I. Bd., 2. Aufl., Leipzig 1902, S. 38 (fehlende Rechtswidrigkeit. „Der Grundsatz, daß Verletzungen zur Kehrung eines Notstandes rechtliche Billigung zu finden haben, reicht weit über die engen Grenzen des § 54 des RStGB. hinaus, wenn auch freilich nur nach ungeschriebenem und nicht nach geschriebenem Rechte."); v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 154; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 7. Aufl., Note 8 zu § 54, Note 4 zu § 218; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 219, 388.

[18]) Durchaus treffend fordert Rich. Schmidt, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe, Jena 1900, S. 37, einen (hinter §§ 53, 54 StGB. einzuschaltenden) Paragraphen, dessen erster Absatz lauten würde: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch die Notwendigkeit ärztlicher Hilfe geboten war."

Hierdurch wäre die Straflosigkeit der Perforation einwandsfrei gedeckt.

die Notstandshandlung des Nichtangehörigen für straflos erklärt werden sollte, wenn sie nur gegen fremdes Eigentum gerichtet ist.[19][20])

§ 16. Strafrechtsirrtum. Erfolgshaftung.

I.[1]) 1. Die Schuldarten sind Vorsatz und Fahrlässigkeit. Vorsatz ist Erfolgswille; Fahrlässigkeit ist Willensunterlassung der Erfolgsvermeidung.[2]) Bei vorsätzlichem, wie bei fahrlässigem Handeln

[19]) So Strafgesetzbuch Hessen 1853, Art. 45, Abschn. 2.

[20]) Hingegen ist der Stooß'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches (Art. 16 des 2. Entwurfs) nicht ein empfehlenswertes Vorbild. Stooß geht einerseits zu weit, indem er die Rettung jeden Gutes für zulässig erklärt und schlechthin die Notstandshandlung durch Nichtangehörige erlauben will; andererseits schränkt Stooß den straflosen Notstand zu sehr ein, indem er fordert, daß die Handlung einer Pflicht oder dem Trieb der Selbsterhaltung entspringt oder das gerettete Gut „ungleich wichtiger" (was bedeutet „ungleich" wichtiger?) ist, als das aufgeopferte.

Beachtlich ist die Bestimmung des Stooß'schen Entwurfs, daß bei strafbarer Notstandshandlung der Richter die Strafe unbeschränkt mildern kann.

Vgl. auch Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, S. 186 (das Allegat oben, Note 5, S. 88).

Über die „Abgrenzung des überwiegenden Interesses" s. Rud. Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen, S. 75—90.

[1]) Literatur über Strafrechtsirrtum: Oetker, Über den Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrechte, 1876, (war mir nicht zugänglich); Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, S. 60—80, 486—500 und sonst; Kohler, Das chinesische Strafrecht, Würzburg 1886, S. 26; A. Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, Bd. I, Abt. 1, Leipzig 1895, S. 93—99; Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 92—94; Otto Kahn, Der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum, Würzburger Diss., Breslau 1900; Oppenhoff, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 14. Aufl., herausg. von Delius, zu § 59; Binding, Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allg. Teil, 6. Aufl., Leipzig 1902, S. 96—101; Herm. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, S. 37—39; Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff, T. I, Berlin 1903; R. Frank, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 3./4. Aufl., zu § 59, V, S. 106—108; Allfeld, Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht, Rede vom 4. November 1903, Erlangen 1903; M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen (Beling's strafrechtliche Abhandlungen, Heft 50), Breslau 1903, S. 74—86; A. Köhler, Reformfragen des Strafrechts, S. 42; Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, Bd. I, Jena 1903, Bd. II, 1. Abt., Jena 1905; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 290—303, 315, 411, 415; Birkmeyer, in Birkmeyer's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin 1904, S. 1129—1131 (erschöpfende Spezialisierung der möglichen Richtungen und Arten des Irrtums); Köhler, Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum, München 1904; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 237—255; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 174—178; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 7. Aufl., Bd. I, S. 249—263; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 133—135.

[2]) Vgl. oben § 12.

steht das Wollen des Handelnden in kausaler Beziehung zum Erfolg. Erfolg ist aber nicht nur ein äußeres Geschehnis, sondern bedeutet mehr. Erfolg ist das eingetretene Ereignis, so wie es gewollt wurde, das erstrebte Ereignis unter Berücksichtigung seiner Beziehung zum wollenden Subjekt. Erfolg im Rechtssinn ist daher nicht nur die äußere Tat, sondern die Tat 1. in ihrer äußeren Gestaltung, und außerdem 2. die Tat in ihrer rechtlichen Bedeutsamkeit.[3])

Daher liegt Strafschuld nicht schon dann vor, wenn die Tat gewollt wurde, sondern nur, wenn der Erfolg gewollt war (oder das Wollen der Erfolgsvermeidung unterlassen wurde). Erfolg im Strafrechtssinn ist aber die strafbedrohte Handlungsfolge. Schuld im strafrechtlichen Sinne ist daher nur dann gegeben, wenn der Wille (in der positiven Richtung auf das Verbrechen = dolus; in der negativen Richtung des unterlassenen Wollens der Erfolgsvermeidung = culpa) auf den Erfolg im Strafrechtssinne gerichtet war, d. h. auf die Tat als eine strafbedrohte. Demnach gehört zur Strafschuld das Bewußtsein (nicht nur der Rechtswidrigkeit, sondern) der Strafrechtswidrigkeit der Tat.

Mit der vorstehenden Darlegung wurde versucht, aus dem Begriff des Erfolgs — ohne Rücksicht auf die wie immer beschaffene Gesetzgebung — das Problem des Rechtsirrtums zu deuten. Hierbei ergibt sich: Damit der Erfolg gewollt ist, muß dem Wollenden die Tat in ihrer faktischen und rechtlichen Struktur bekannt sein. Der Erfolg ist nicht gewollt, wenn der Täter das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht besaß; der Erfolg ist nicht gewollt, wenn dem Täter das Bewußtsein der Strafrechtswidrigkeit der Tat fehlte; der Erfolg ist nicht gewollt, wenn der Täter über Tatsachen oder über Rechtssätze in Irrtum oder Unkenntnis war, die für die rechtliche Beschaffenheit (für die rechtliche Würdigung) der Handlung von Bedeutung sind. Mit anderen Worten: error facti non nocet; error iuris non nocet.[4])[5])

---

[3]) Vgl. die eingehenden trefflichen Darlegungen von Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff, I, S. 84—118, 103 („Sinnfälliges Ereignis und Beurteilung").

[4]) Siehe jedoch unten sub I, 3.

[5]) Zu diesem Ergebnis kommt auch v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., Berlin 1905, S. 175: „Da Vorsatz . . . Kenntnis der sämtlichen Tatbestandsmerkmale ist, so wird durch den Subsumptionsirrtum, d. h. durch irrtümliche Nichtannahme eines Tatbestandsmerkmales oder eines Strafschärfungsgrundes der Vorsatz ausgeschlossen. . . . Ob die irrtümliche Ablehnung der Subsumption der Tat unter das Gesetz auf einer unrichtigen Beurteilung der Tatsachen, oder auf einer irrtümlichen Auffassung der auf diese anzuwendenden Rechtssätze beruht, ist für die rechtliche Tragweite des Irrtums ohne alle Bedeutung. . . ."

2. Grundlage der Bestrafung ist die Schuld. Für die Frage nach der Zurechenbarkeit des Irrtums zur Schuld muß daher bei der rechtsphilosophischen Untersuchung von der Schuld ausgegangen werden, nicht vom Irrtum.[6])

Die Schuld ist Betätigung der verbrecherischen Persönlichkeit. Diese Betätigung liegt nicht vor, wenn infolge tatsächlicher oder rechtlicher Unkenntnis, infolge Tatsachen- oder Rechtsirrtums der Täter eine straflose Handlung vorzunehmen glaubte.

Zur Strafschuld gehört daher nicht nur das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (der Normwidrigkeit, der Pflichtwidrigkeit), sondern zugleich das Bewußtsein der Strafrechtswidrigkeit.

3. Das aus dem Begriff des Erfolgs, wie aus der Idee der Strafschuld gewonnene Ergebnis deckt sich mit dem geltenden deutschen Strafrecht nicht.

Würde § 59 RStGB.s nicht vorhanden sein, so wäre zu argumentieren: der Gesetzgeber grenzt den Inhalt der Strafschuld nicht ab; er überläßt es der Wissenschaft, die Grenzen zu ziehen. Die wissenschaftliche Untersuchung aber würde sowohl bei der rechtstechnischen Untersuchung (vom Begriff des „Erfolgs" im Strafrechtssinne aus), wie auch bei der rechtsphilosophischen Würdigung (aus der Idee der Strafschuld als der Betätigung der verbrecherischen Persönlichkeit) zu dem Ergebnisse kommen, daß der Irrtum schlechthin die Schuld ausschließt.

Hingegen bestimmt § 59 RStGB.s ausdrücklich, daß dem Täter die Unkenntnis von Tatumständen, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, nicht zuzurechnen ist. Hieraus folgt per argumentum e contrario, daß dem Täter die Unkenntnis des Strafgesetzes zuzurechnen ist. Da aber der Gesetzgeber zwar die Rechtsfolgen einer Tat bestimmen kann, wie immer er es für gut findet, aber wissenschaftliche Werte nicht durch Machtspruch beseitigen kann, läßt sich der Rechtszustand nur dahin deuten: der Gesetzgeber präsumiert die

[6]) Treffend Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff, I, S. 1, 18, 19–22, 23 f. Kohlrausch behandelt das Problem mit großem Scharfsinn vom Standpunkte der Normentheorie aus.

Meine nachfolgende Darlegung deckt sich im wesentlichen mit der trefflichen Ausführung Allfelds (H Meyer-Allfeld, Lehrbuch, 6. Aufl., S. 133—135). Allfeld geht jedoch insofern fehl, als er de lege lata Bewußtsein der Strafrechtswidrigkeit als notwendigen Bestandteil des dolus annimmt. Siehe dagegen unten, Text sub I, Ziff. 3.

Kenntnis des Strafgesetzes. Die Zurechenbarkeit des Strafrechtsirrtums erweist sich als eine jener verdeckten Präsumtionen, die sich im geltenden Strafrecht noch zuweilen finden.[7])

Der Satz, daß tatsächlicher Irrtum unschädlich ist, Rechtsirrtum nicht, findet sich schon im römischen Recht. Und schon dort enthält er eine Präsumtion. Dies ergibt sich aus der Behandlung der Frage im römischen Recht. Während Paulus sagt: „Regula est, iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere" (l. 9 pr. D. XXII, 6), werden weiterhin Fälle entschuldbaren Rechtsirrtums benannt.

4. Die Unentschuldbarkeit des Strafrechtsirrtums findet ihre legislativpolitische Deutung in dem Momente, das zur Aufstellung der verdeckten Präsumtionen im Strafrecht überhaupt führt: in der Beweisnotwendigkeit. In gewissen Fällen ist es nahezu unmöglich, eine, regelmäßig innere, psychologische Tatsache exakt zu beweisen, während nach den Umständen des Falles mit Sicherheit angenommen werden darf, daß die Tatsache gegeben ist. Hier ersetzt der Gesetzgeber die Beweisnotwendigkeit durch die Präsumtion.[8]) In der weitaus großen Mehrzahl der Fälle weiß der Beschuldigte, daß die ihm zur Last gelegte Tat strafrechtswidrig ist; würde er das Bewußtsein der Strafrechtswidrigkeit gleichwohl in Abrede stellen, so würde ein Beweis erforderlich werden, der häufig kaum zu erbringen ist. Deshalb präsumiert das Gesetz jene Kenntnis. Hieraus ergibt sich jedoch eine nicht zu rechtfertigende Härte für jene Minderzahl von Fällen, in denen der Täter über die strafrechtliche Qualität seiner Tat wirklich im Irrtum war. Dies gilt insbesondere bezüglich solcher Rechtsfragen, die in der Doktrin strittig sind. Daher erscheint es durchaus billig, die Härten jener Präsumtion zu beseitigen.

Beachtlich ist das Postulat Herm. Seuffert's:[9]) „Konnte die Kenntnis des übertretenen Gesetzes dem Angeklagten nicht zugemutet werden, so ist derselbe freizusprechen."

---

[7]) Vgl. unten § 27.

[8]) M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, S. 85, scheidet: „1. Der Irrtum über Rechtsnormen irgendwelcher Art schützt nie vor Strafe. Ignorantia legis nocet. 2. Der unverschuldete Irrtum, der es dem Täter unmöglich macht, die Pflichtwidrigkeit seiner Handlung zu erkennen, schützt stets vor Strafe. 3. Der Irrtum über Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, schützt stets vor der für vorsätzliche Begehung angedrohten Strafe."

Die Ansicht ad 1 und 3 trifft zu, jene ad 2 hat im Gesetz keine Stütze.

[9]) Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, S. 39.

Zu verwandten Vorschlägen kommt Köhler.[10]) Hingegen geht Allfeld zu weit mit dem Postulat der Gleichstellung des Rechtsirrtums mit dem tatsächlichen Irrtum.[11]) Denn hierdurch würde jene Folge eintreten, die der Gesetzgeber mit der Präsumtion der Gesetzeskenntnis beseitigen wollte. In zahlreichen Fällen, namentlich bei komplizierterem Betrug, Wucher etc. könnte sich der Täter mit Erfolg auf eine in Wahrheit nicht bestehende Unkenntnis des Gesetzes hinausreden.

Angezeigt erscheint die Bestimmung: Entschuldbarer Irrtum über strafrechtliche Bestimmungen steht der Unkenntnis von Tatsachen, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören, gleich.

II.[12]) 1. Das geltende deutsche Recht kennt im Prinzip keine Strafe ohne Schuld, keine Strafhaftung für unverschuldet verursachten Erfolg. Gleichwohl wirkt bei einer Anzahl von Straftaten der schuldlos verursachte schwerere Erfolg strafschärfend. Die Haftung für den nicht verschuldeten Erfolg scheint schlechthin ungerechtfertigt, als Rudiment der anethischen Strafrechtsstruktur.[13])

Daher wird auch postuliert, daß die Haftung für den Erfolg nur bei schuldhafter Verursachung und nur innerhalb

---

[10]) Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum, S. 115: „Ergebnis, . . . daß de lege ferenda das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als Bestandteil des Vorsatzbegriffes zu begutachten ist, und daß bei schuldloser Unkenntnis der Rechtswidrigkeit auch die Fahrlässigkeit zu entfallen hat."

[11]) Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht, S. 5—12, 19. Siehe auch H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch, S. 133—135.

[12]) Über Haftung für nicht verschuldeten Erfolg vgl.: A. Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, Bd. I, Abt. 1, S. 57 f., 91 f., 287 (Tabelle); Andr. Thomsen, Über den Versuch der durch eine Folge qualifizierten Delikte, Kiel und Leipzig 1895; Schott, Zufälliger Erfolg als Strafschärfungsgrund, Gött. Diss., Göttingen 1895; Jos. Zeitler, Strafe ohne Schuld im deutschen Reichsstrafgesetzbuch, Fürth und Nürnberg 1899; Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, S. 78—86 (Begriff des Erfolges); Herm. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, S. 50—52. Siehe auch H. Seuffert und Harburger, Thesen über Versuchsstrafen und Erfolgshaftung, IKV. VIII, 1900, S. 199 f.; M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, Leipzig 1901, S. 20—23 (über den Erfolg); H. Seuffert, Einfluß des objektiven Erfolges auf die Strafbarkeit der Straftaten, insbesondere bei Versuch und Teilnahme, IKV. X, 1902, S. 448—488; Harburger, über dasselbe Thema, ebenda S. 489—495; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 362—378; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 162, Note 7; Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, S. 397—403; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 135—137.

[13]) Vgl. oben § 8.

der Grenzen schuldhafter Verursachung statuiert werden dürfe.[14])

2. Aber der Schein trügt. Genaue Analyse des Erfolgs erweist, daß die Fälle, in denen nach deutschem Strafrecht der schwerere, nur verursachte Erfolg strafschärfend wirkt, in Wahrheit eine Strafmilderung festsetzen mit Rücksicht darauf, daß ein Teil des Erfolgs nicht beabsichtigt war.[15])

Der Erfolg ist ein Ereignis, und hat daher, wie jedes Ereignis, einen Anfang und ein Ende. Bisweilen fallen Anfang und Ende des Ereignisses für die vulgäre Betrachtung in Eins zusammen, so daß man mit Recht vom Zeitpunkt des Erfolgs spricht, z. B. bei der Tötung eines Menschen durch Erschießen. In anderen Fällen wird die Zeitdauer des Ereignisses ohne weiteres evident, z. B. bei Tötung eines Menschen durch ein langsam wirkendes tödliches Gift.

Der Erfolg im Rechtssinne ist Bestandteil der Handlung; diese ist daher beendigt erst, wenn der ganze Erfolg eingetreten ist. So ist die Körperverletzung erst dann beendigt, wenn die Verletzung beendigt ist. Dieses Ende der Verletzung kann in der Weise eintreten, daß die Verletzung heilt; die Verletzung kann aber auch dazu führen, daß statt der Heilung Tod, Siechtum etc. eintritt. Wäre die schwere Folge beabsichtigt gewesen, so läge Totschlag oder Körperverletzungsverbrechen gemäß § 225 RStGB.s vor. Wenn hingegen der dolus die Tat nicht in der Gesamtheit ihrer Folgen umfaßt, tritt mit Rücksicht hierauf Strafmilderung ein. Diese Strafmilderung gegenüber dem Totschlagsverbrechen bringt § 226, gegenüber dem Verbrechen aus § 225 bringt § 224 RStGB.s zum Ausdruck. In analoger Weise sind die §§ 324, 327 RStGB.s, §§ 12, 13 des Nahrungsmittelgesetzes Privilegierungsfälle gegenüber § 229 RStGB.s etc.

Es gibt im deutschen Reichsrecht nicht eine Bestimmung, durch die ein bloß verursachter Erfolg schlechthin dem Verursacher zu krimineller Schuld zugerechnet würde. Vielmehr sind nur für jene Fälle, in denen der Erfolg der Handlung die Absicht des Täters übersteigt, Strafdrohungen statuiert, die sich unterhalb der Strafdrohung für beabsichtigten und eingetretenen schwereren Erfolg und oberhalb der Strafdrohung für den Fall des Ausbleibens der schweren Folge halten.

---

[14]) Herm. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, S. 51: „Der Erfolg darf im Strafrechte nur Beachtung finden, wenn er willentlich, wissentlich oder fahrlässig verursacht wurde."

[15]) Vgl. Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 362—378.

Wäre das Strafrecht Emanation der rein sittlichen Idee, so wäre diese Erfolgshaftung ungerecht; da aber das Strafrecht der sittlich-rechtlichen Synthese entspringt, ist die Erfolgshaftung in jenen Fällen aus demselben Gesichtspunkte berechtigt, der die höhere Bestrafung des vollendeten Verbrechens gegenüber dem Versuch, des fahrlässigen Vergehens gegenüber dem Gefährdungsdelikt rechtfertigt. Der Erfolg in seiner Totalität fällt dem schuldhaft Handelnden zur Last, auch wenn sein Wille nur auf einen Teil des Erfolgs gerichtet war; insoferne erscheint der Erfolg als nicht teilbar. Der nicht gewollte Erfolgsteil belastet den Täter mit minderer Schuld und Strafe.

§ 17. Versuch.

[1])1. Die Strafbarkeit des Versuchs ist von der Schuldauffassung der jeweiligen Rechtskultur abhängig. Der anethischen Rechts-

[1]) Literatur: Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Berlin 1851, S. 13—15; Laas, Vergeltung und Zurechnung, in Avenarius' Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie, Bd. V, 1881, S. 484—489; Kohler, Das chinesische Strafrecht, Würzburg 1886, S. 25 f.; Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Stuttgart 1888; Kohler, Studien aus dem Strafrechte, I, Mannheim 1890, S. 7—44 (Der strafbare Versuch, insbesondere der sog. untaugliche Versuch), Heft III (Das Strafrecht der italienischen Statuten vom 12.—16. Jahrh., Allg. Teil, 2. Hälfte), 1895, S. 220—231; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1892, S. 558—564; Hugo Meyer, Der Anfang der Ausführung (Tübinger Festgabe für Berner), Tübingen 1892; E. Eisenmann, Die Grenzen des strafbaren Versuchs, Z. XIII, S. 454—536 (dort S. 454 f. Literaturangaben); v. Buri, Beiträge zur Theorie des Strafrechts, Leipzig 1894, S. 178—186 (Versuch), S. 187—208 (Die sogenannten untauglichen Versuchshandlungen); Finger, Das Strafrecht (Compendien des Österreichischen Rechtes, 8), Bd. I, Berlin 1894, S. 170—192; v. Lilienthal, Der Stooß'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs, Z. XV, S. 289—292; Andr. Thomsen, Über den Versuch der durch eine Folge qualifizierten Delikte, Kiel und Leipzig 1895; Gutachten Nicoladoni, Der Einfluß der neueren strafrechtlichen Anschauungen auf die gesetzgeberische Behandlung des Versuchs und der Teilnahme. IKV. Bd. V, 1896, S. 336—347; Gutachten Getz über dieselbe Frage, ebenda S. 348 bis 363; Oetker, Der Versuch und die schweizerischen Strafgesetzentwürfe, Z. XVII. S. 53—69; J. Goldschmidt, Die Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch (Bennecke's strafrechtliche Abhandlungen, Heft 7), Breslau 1897; De la tentative. Rapport de Thiry, IKV. Bd. VI, 1897, S. 305—308; Rapport de Roux, ebenda S. 340 bis 346; Klee, Wille und Erfolg in der Versuchslehre (Bennecke's strafrechtliche Abhandlungen, Heft 14), Breslau 1898; A. Schlecht, Zur Lehre vom qualifizierten Versuche, Z. XIX, S. 829—865; Herm. Seuffert, Anarchismus nnd Strafrecht, Berlin 1899, S. 150—161; Arnold Horn, Der Versuch, Z. XX, S. 309—361; Oppenhoff, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 14. Aufl., herausg. von Delius, zu §§ 43—46; H. Seuffert und Harburger, Thesen über Versuchsstrafe und Erfolgshaftung bei vorsätzlichen Straftaten, IKV. Bd. VIII, 1900, S. 199 f.; Binding, Grundriß, 6. Aufl.,

gestaltung ausschließlicher Erfolgshaftung erscheint der subjektive Faktor, das Schuldmoment irrelevant: der Versuch bleibt straflos. Die rein sittliche Auffassung, wie sie der Kirche zueignet, betont nur das Schuldmoment; ihr steht der Versuch dem vollendeten Verbrechen gleich. Die sittlich-rechtliche Anschauung ersieht im Versuch mindere Schuld gegenüber dem vollendeten Verbrechen; sie bestraft den Versuch, aber milder.[2]) Mit Recht: Nach der subjektiven Seite steht das versuchte Verbrechen dem vollendeten gleich; daher heischt das ethische Moment im Schuldbegriff Bestrafung des Versuchs. Nach der objektiven Seite liegt keine Rechtsstörung vor; daher ergibt die rein rechtliche (ohne Rücksicht auf das ethische Moment erfolgende, anethische) Betrachtung keine Strafwürdigkeit. Die Synthese der beiden Auffassungen führt zur milderen Bestrafung.

Diese mindere Schuld und mildere Bestrafung offenbart sich in doppelter Hinsicht: der Versuch wird mit geringerer Strafe bedroht; nicht der Versuch aller, sondern nur der schwereren Straftaten ist pönalisiert.

S. 116—127; Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., S. 351; Herm. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, S. 52—54; Herm. Seuffert, Einfluß des objektiven Erfolges auf die Strafbarkeit vorsätzlicher Straftaten, insbesondere bei Versuch und Teilnahme, IKV. Bd. X, 1902, S. 448—488; Harburger, über dasselbe Thema, ebenda S. 489—495; Kohler, Das Banturecht in Ostafrika, ZRV. Bd. 15, 1902, S. 63; Das Recht der Hottentotten, ebenda S. 353; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte S. 378—396; A. Köhler, Reformfragen des Strafrechts, S. 50—52; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 294—326; Fritz Kohn, Der untaugliche Versuch und das Wahnverbrechen, Würzburger Diss., Breslau 1904; Delaquis, Der untaugliche Versuch (Abh. des Berliner krim. Sem., N. F. Bd. III), Berlin 1904; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 200—214; v. Overbeck, Der untaugliche Versuch in der nordamerikanischen Strafrechtspflege, im Gerichtssaal Bd. 65, 1905, S. 119—129; Gutachten Hoegel, Die richterliche Strafzumessung verbunden mit der strafrechtlichen Behandlung des Versuchs, Verh. des 28. deutschen Juristentages, Bd. I, Berlin 1905, S. 3—19; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 7. Aufl., Bd. I, S. 141—163; Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, S. 417—433; Lohsing, Strafzumessung und Versuchsstrafe, in H. Groß' Archiv, Bd. 24, 1906, S. 1—14; dazu: Hoegel, Strafzumessung und Versuchsstrafe, ebenda S. 45—54, und: Lohsing, Nochmals Strafzumessung und Versuchsstrafe, ebenda S. 384—388; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 165—183.

[2]) So schon Carolina. Art. 178: „Straff vnderstandner Missetatt. . . ., Ist peinlich zu straffenn, Aber jnn einem fall harrtter dann jn dem andern, Angesehen gelegenheit vnnd gestallt der sachen: Darumb sollen, sollicher straff halber, die vrteiller, wie hernach steet, Raths pflegen, Wie die ann leib oder lebenn zu thun geburt." (Entsprechender Art. der Bamb.: 204).

2. Das deutsche Reichsrecht hat den Versuch der Verbrechen schlechthin, jenen der Vergehen nur ausnahmsweise pönalisiert. Dem gegenüber erscheint bei einer künftigen Dreiteilung der Strafhandlungen gemäß der Verschuldung die Pönalisierung des Versuchs bei Verbrechen und Vergehen, die Straflosigkeit des Versuchs bei Übertretungen angezeigt.[3])

3. Der Versuch am untauglichen Objekt oder mit untauglichem Mittel steht nach der subjektiven Seite dem tauglichen Versuch gleich. Objektiv liegt aber hier eine Handlung vor, welche nur generell, nach ihrer Gattung, den Anfang von Handlungen der beabsichtigten Art darstellt, nicht in concreto.[4]) Daher bedeutet nach der objektiven Seite der untaugliche Versuch ein minus gegenüber dem erfolgstauglichen Versuch. Der Gesetzgeber sollte dem Rechnung tragen durch mildere Bestrafung des untauglichen Versuchs;[5]) etwa in der Weise, daß der untaugliche Versuch eines Verbrechens gleich einem vollendeten Vergehen, der untaugliche Versuch eines Vergehens gleich einer vollendeten Übertretung gestraft würde.[6]) Hierdurch würde der verminderten Schuld bei untauglichem Versuch gebührend Rechnung getragen.

4. Je nach dem Stadium des Versuchs scheidet man zwischen beendigtem und unbeendigtem Versuch.

Der Gesetzgeber kann diese Scheidung berücksichtigen. Beachtlich sind hiefür die Bestimmungen des Stooß'schen Entwurfs.[7])

5. Die Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritts vom unbeendigten Versuch, wie auch die Straflosigkeit des beendigten Ver-

---

[3]) Treffend: Binding, Der Entwurf des Strafgesetzbuchs für den norddeutschen Bund, Leipzig 1869, S. 80—83; Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, S. 454 f.; Oetker, Der Versuch und die schweizerischen Strafgesetzentwürfe, Z. XVII, S. 53; Binding, Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allg. Teil, 6. Aufl., Leipzig 1902, S. 120. („Der Satz . . , daß die Vergehensversuche nur in den vom Gesetze ausdrücklich bezeichneten Fällen bestraft werden sollen, widerstreitet dem andern Satze, daß die Beihilfe zu einem Vergehen immer strafbar sei.")

[4]) Vgl. Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 381—384, 383, und die Literaturangaben dort, sowie bei Binding, Grundriß, Allg. Teil, 6. Aufl., S. 119.

[5]) Der Versuch mit untauglichem Mittel oder an untauglichem Objekt bewirkt nach dem neuen Stooß'schen Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs (Art. 14, Abs. 5) Milderung der Versuchsstrafe nach freiem richterlichen Ermessen.

[6]) Vgl. unten § 25.

[7]) Der Stooß'sche neue Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, Art. 14, Abs. 1 und II, scheidet den unvollendeten und den beendigten Versuch. Der Versuch wird milder bestraft; der beendigte Versuch („führt der Täter das Verbrechen ohne Erfolg aus") kann milder bestraft werden.

suchs bei Abwendung der Folgen durch eigene Tätigkeit (§ 46 RStGB.) erweisen mit größter Deutlichkeit die Richtigkeit des von mir aufgestellten Pönalisierungsprinzips.[8][9])

Es handelt sich hierbei nicht um die „goldene Brücke", die dem reuigen Verbrecher gebaut werden soll, sondern um Schuld und Schuldlosigkeit. Der Mensch, der freiwillig vom Versuch absteht oder den Erfolg abwendet, erweist sich damit als nichtverbrecherisch; seine Straflosigkeit entspringt seinem Mangel an echter Strafschuld.

Daher werden mit Recht auch jene Fälle der tätigen Reue in gleicher Weise behandelt, in welchen der Erfolg vom Täter wieder aufgehoben wird, ehe der Gesamterfolg der Straftat eingetreten ist.[10])

§ 18. Teilnahme.

[1])1. Im älteren römischen Strafrecht werden die Teilnehmer gleichmäßig bestraft, jeder als Mittäter des Samtdelikts; erst die

[8]) Siehe oben §§ 7, 9.

Vgl. auch Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 385—396. Siehe ferner treffend Oetker, Der Versuch und die schweizerischen Strafgesetzentwürfe, Z. XVII, S. 68.

[9]) Die Straflosigkeit bei freiwilligem Rücktritt wird im Stooß'schen Entwurf (Art. 14, Abs. III) kurz und präzis ausgedrückt: „Steht der Täter aus eigenem Antrieb von dem Verbrechen ab, so wird er von Strafe befreit."

[10]) Vgl. Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 385—396.

[1]) Literatur: Motive zum Entwurf eines Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Berlin 1851, S. 15—17; Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter, S. 202 bis 207, Ziff. 290—297; Osenbrüggen, Das Alamannische Strafrecht, S. 165—179; Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter Ziff. 137—195, S. 305—313; Laas, Vergeltung und Zurechnung, in Avenarius' Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie, Bd. VI, 1882, S. 295—315; Kohler, Das chinesische Strafrecht, Würzburg 1886, S. 26—28; Kohler, Studien aus dem Strafrecht, I, Mannheim 1890, S. 92—105, 106—154, Heft III, 1895, S. 232—244 (Anstiftung), 245—259 (Beihilfe); Foinitsky, Die strafrechtliche Doktrin in der Teilnahme, übersetzt von Gurwitsch, Z. XII, S. 55 bis 86; J. H. Schwicker, Die Zigeuner (Die Völker Österreich-Ungarns, XII. Bd.), Wien und Teschen 1883, S. 155; v. Kries, Ein Beitrag zu der Lehre von der Teilnahme, Z. Bd. VII, 1887, S. 521—572; Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, Berlin 1890; dazu: v. Buri, Beiträge zur Theorie des Strafrechts, Leipzig 1894, S. 389—419; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1892, S. 565—575; Rehme, Über das Recht der Amaxosa, ZRV. Bd. 10, 1892, S. 51; Finger, Das Strafrecht (Compendien des Österreichischen Rechtes, 8), Bd. I, S. 197—210; v. Lilienthal, Der Stooß'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs, Z. XV, S. 286—289; Gutachten Nicoladoni, Der Einfluß der

jüngere Entwicklung ergibt eine Abstufung durch Berücksichtigung der Schuld jedes Einzelnen.[2])

Nach primitiven Rechten werden überhaupt die Teilnehmer meist gleichmäßig gestraft.[3])

---

neueren strafrechtlichen Anschauungen auf die gesetzgeberische Behandlung des Versuches und der Teilnahme, IKV., Bd. V, S. 336—347; Gutachten Getz über dieselbe Frage, ebenda S. 348—363; Kohler, Das Recht der Azteken, ZRV. Bd. 11, 1895, S. 82; Haupt, Beiträge zur Lehre von der Teilnahme, Z. Bd. XV, S. 202—214, 569 bis 597; Löwenheim, Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht, Diss., Breslau 1897; Krug, Die besonderen Umstände der Teilnehmer (Beling's strafrechtliche Abhandlungen, Heft 24), Breslau 1899; Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 97—103; Kohler, Das Recht der Marschallinsulaner, ZRV. Bd. 14, 1900, S. 448; Das Banturecht in Ostafrika, ZRV. Bd. 15, 1900, S. 64; Das Recht der Hottentotten, ebenda S. 353; Berthold Freudenthal, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen (Beling's strafrechtliche Abhandlungen, Heft 37), Breslau 1901; Oppenhoff, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 14. Aufl., herausg. von Delius, §§ 47—49a; Heilborn, Der Agent provocateur, Berlin 1901; Herm. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, S. 54 f.; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 336—343, 394 f.; Kohler, Das indische Strafrecht, ZRV. Bd. 16, 1903, S. 186 f.; A. Köhler, Reformfragen des Strafrechts, S. 52 f.; F. Koppmann, Die Strafbarkeit der Teilnahme von Zivilpersonen an rein militärischen Delikten, München 1903; Kohler, Deliktsteilnehmer und persönliche Beziehungen, in Goltdammer's Archiv, Bd. 51, 1904, S. 169 bis 175; Harburger und Heimberger, Gutachten über Behandlung der Teilnahme am Verbrechen, IKV. Bd. XI, 1904, S. 512—540, 542—545, 620 f.; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 332—365; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 214—234; Beling, Grundzüge des Strafrechts, 3. Aufl., Tübingen 1905, S. 94 f., 98—101; J. Herm. Lipsius, Das Attische Recht und Rechtsverfahren, Bd. I, Leipzig 1905, S. 124 f.; Kohler, Das Islamrecht, ZRV., Bd. 17, 1905, S. 214 f.: Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, S. 433—436; Höpfner, Über die rechtliche Eigenart von Anstiftung und Beihilfe, Z. XXVI, 1906, S. 579 bis 631; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 7. Aufl., Bd. I, S. 163—206; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 184—211.

[2]) Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 100—102.

Keine scharfe Scheidungen innerhalb der Teilnehmerarten des Gehilfen und des Anstifters: Mommsen, a. a. O. S. 99 f.

[3]) Rehme, Über das Recht der Amaxosa, ZRV. Bd. 10, 1892, S. 51 (Täter, Mittäter, Anstifter und Gehilfen werden in gleicher Weise bestraft; Begünstigung bleibt straflos); Kohler, Das Recht der Azteken, ZRV. Bd. 11, 1895, S. 82 (die Teilnehmer wurden sämtlich als Mittäter geahndet; so insbesondere Mittäter bei Kinderraub); Kohler, Das Recht der Marschallinsulaner, ZRV. Bd. 14, 1900, S. 448 (der Gehilfe steht bezüglich der Bestrafung dem Täter gleich); Kohler, Das Banturecht in Ostafrika, ZRV. Bd. 15, S. 64 (der Gehilfe wird wie der Täter bestraft, aber die Strafsumme wird im ganzen nur einmal erlegt); Das Recht der Hottentotten, ebenda S. 353 (Beihilfe steht der Tat gleich).

Wo der Standpunkt der Objektivierung der Schuld völlig durchgeführt ist,

Bei schärferer Differenzierung der Schuld wird der Gehilfe regelmäßig als Teilnehmer geringerer Schuld milder bestraft. Jedoch neigt insbesondere beim Diebstahl die Rechtsauffassung lange dazu, den Gehilfen dem Täter gleichzustellen.[4])

2. Die Grenze zwischen Beihilfe und Täterschaft wird entweder subjektiv dahin bestimmt, daß der Gehilfe nur den Willen zur Beihilfe, der Täter jenen zur Tathandlung selbst habe, oder objektiv, sodaß die Beihilfe durch die nur untergeordnete Teilnahme des Gehilfen an der Ausführung gekennzeichnet wird. Zur ersten Auffassung wird man durch die irrige Kausallehre, nach der jede Erfolgsbedingung den ganzen Erfolg kausiere, geführt.

Für das Recht ist der Wille, der Entschluß, das Vorhaben irrelevant, sofern und soweit er sich nicht mit einer Handlung verknüpft. Da im Strafrecht nicht ethische, sondern rechtliche Urteile gefällt werden, ist ausschlaggebend für die Grenze zwischen Täterschaft und Beihilfe der Umfang der Handlung. Wer nur in untergeordneter Weise an der Tat teilnimmt, ist Gehilfe des fremden Täters. Dies gilt bezüglich der rechtmäßigen Handlung, und es ist nicht erfindlich, weshalb in Ansehung der rechtswidrigen Handlung etwas Anderes rechtens sein sollte.

3. Unzutreffend erblickt man im Anstifter den intellektuellen Täter;[5]) diese Anschauung beruht auf einer Verkennung des Umstandes, daß die Kausalkette im Rechtssinn jeweils mit dem Beginn

also Ungefährwerke strafbar sind, bleiben Anstiftung und Beihilfe straflos. So im germanischen Recht. Vgl. Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., S. 351.

[4]) Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter, Zürich 1858, S. 202—204, Ziff. 290: „Mitgegangen, mitgehangen." S. 204, Ziff. 291: „Mitgeflogen, mitgehangen." Ziff. 292: „Wer die Leiter hält, ist so schuldig als der Dieb." S. 205, Ziff. 293: „Stehlen und Sackaufheben ist Eins wie das Andere." Ziff. 294: „Der den Sack aufhebt, ist so schlimm, als der hineinschüttet." Vgl. auch Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter, S. 306, Ziff. 172 f.; Schwicker, Die Zigeuner (Die Völker Österreich-Ungarns, XII. Bd.), Wien und Teschen 1883, S. 155: „Wer die Leiter hält, ist ebenso schuldig, wie der Dieb."

[5]) So Kohler, Studien aus dem Strafrecht, I, S. 106, 113 f., 117; v. Lilienthal, Der Stooß'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Z. XV, S. 229, u. a.

Treffend gegen die Annahme der mittelbaren oder intellektuellen Täterschaft des Anstifters: de lege lata, Oppenhoff, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 14. Aufl., herausg. von Delius, Note 1 zu § 47; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, I, S. 343 (de lege lata); v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 225; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 185, 199, und andere (siehe die Literaturangaben bei Meyer-Allfeld, a. a. O., S. 199, Note 2).

der Handlung eines anderen Rechtssubjektes endigt.[6]) Der Anstifter nimmt aber auch nicht am Verbrechen teil, sondern bereitet es nur vor. Seine Vorbereitungshandlung ist aber eine qualifizierte. Die Vorbereitungshandlung des Anstifters wird ausschlaggebendes Motiv für den Entschluß des Täters.[7])

Die Schuld des Anstifters beruht darin, daß das verbrecherische Moment (in philosophischem Sinne = die Schlechtigkeit; die von der Norm nach unten abweichende psychische Qualität) in der Anstiftungshandlung regelmäßig stärker zu Tage tritt, als in der Tathandlung des angestifteten Täters.

Darum heischt das indische Recht schwerere Bestrafung des Anstifters im Vergleich zum Täter.[8]) Daher wird nach attischem Recht der Anstifter zur Tötung gleich dem Totschläger bestraft.[9])[10])

Die Schuld des Anstifters ist nach ihrer subjektiven Beschaffenheit eine größere, als jene des angestifteten Täters. Das objektive rechtswidrige Verhalten des bloßen Anstifters ist aber ein geringeres als jenes des Täters, der Anstifter setzt nur eine Vorbereitungshandlung (und zwar eine Vorbereitungshandlung zur fremden Tat). Aus dem objektiven Gesichtspunkte erscheint daher die milde Bestrafung des Anstifters im Vergleich zum Täter begründet. Aus der schwereren subjektiven und der leichteren objektiven Verschuldung des Anstifters erwächst als Resultante die Bestrafung des Anstifters gleich dem Täter.

4. Hat man das Wesen der Anstiftung richtig als qualifizierte Vorbereitungshandlung zu fremder Straftat erkannt, so beantwortet sich ohne weiteres die Frage, ob der Anstifter, der nicht nur zum Verbrechen angestiftet, sondern auch an der Verbrechens-

---

[6]) Vgl. Berolzheimer, System, Bd. I, S. 146; Bd. IV S. 157.

[7]) Der Wortlaut des RStGB.s § 48 ergibt ganz deutlich, daß das deutsche Reichsrecht die Natur der Anstiftung richtig erkannt hat. Ausdrücklich wird die Handlung, zu der angestiftet wurde, als die Handlung des Angestifteten bezeichnet. Ausdrücklich wird die Tätigkeit des Anstifters als die motivsetzende hervorgehoben.

[8]) Siehe Kohler, Verbrecher-Typen in Shakespeares Dramen, Berlin (1903), S. 20.

[9]) Nach einem auf Drakon zurückgeführten attischen Gesetz wird der Veranlasser des Todes gleich dem Totschläger bestraft: Lipsius, Das Attische Recht und Rechtsverfahren, Bd. I, S. 124 f.

[10]) Das germanische Recht kennt. kraft seiner objektiven Schuldauffassung, ursprünglich überhaupt keine strafbare Anstiftung, später nur subsidiäre Haftung des Anstifters. Erst allmählich, und zwar zunächst lediglich mit Bezug auf bestimmte Verbrechen, hat sich die Strafbarkeit der Anstiftung im deutschen Recht entwickelt. Vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, S. 567—571.

begehung mitgewirkt hat, zugleich wegen der Anstiftung und wegen der Teilnahme am Verbrechen gestraft werden könne.

Hier ist zu scheiden: der Anstifter, der zugleich Mittäter ist, wird nur als Täter bestraft. Denn die Anstiftung im technischen Sinne ist nur möglich zu fremdem Verbrechen; durch die Mittäterschaft des Anstifters wird die Verbrechenstat selbst Eigentat des Anstifters, daher ist hier echte Anstiftung begrifflich unmöglich. Die Anstiftung, wird konsumiert durch die Mittäterschaft.

Der Anstifter, der zugleich Gehilfe ist, ist sowohl wegen Anstiftung, als auch wegen Beihilfe strafbar. Denn er nimmt als Gehilfe an der Ausführung der fremden Tat teil, die er als Anstifter vorbereitet hatte.

5. Die erfolglose Anstiftung wird nach englischem Recht als misdemeanour (Vergehen) bestraft.[11])

Der Stooß'sche Entwurf bestraft den Anstiftungsversuch zu schwereren Verbrechen als Versuch.[12])

Das deutsche Reichsrecht verfährt ohne einheitliches Prinzip. § 49a (Duchesne-Paragraph) straft bei schweren Verbrechen die versuchte Anstiftung und die bloße Bereitwilligkeit, dem Anstiftungsversuch zu folgen, wenn der Anstiftungsversuch schriftlich oder mit in Aussichtstellung von Vorteilen erfolgt.[13]) Diese Bedingung könnte man damit erklären, daß durch jene Momente die Ernstlichkeit des Anstiftungsversuchs außer Zweifel gesetzt sein soll. In anderen Fällen, so §§ 159, 160 RStGB., wird jedoch die erfolglose Anstiftung („Verleitung") schlechthin gestraft, und bleibt zugleich die Bereitwilligkeit, der Anstiftung zu folgen, jenseits von Strafschuld und Strafe.

Die erfolglose Anstiftung ist Anstiftungsversuch. Da Schuld und Bestrafung der Anstiftung jener der Täterschaft gleichstehen, so heischt die Konsequenz, die versuchte Anstiftung in gleicher Art zu strafen, wie den Versuch der Strafhandlung selbst. Die versuchte Anstiftung steht dem versuchten Verbrechen gleich. Hingegen läßt sich die Pönalisierung der bloßen Bereitwilligkeit, der Anstiftung Folge zu leisten, überhaupt nicht rechtfertigen, nicht

---

[11]) Vgl. Kohler, Studien aus dem Strafrecht, I, S. 153, und die Allegate dort.

[12]) Art. 14, Abs. IV des neuen Stooß'schen Entwurfs: „Wer Jemanden zu einem mit Zuchthaus bedrohten Verbrechen anzustiften versucht, ist wegen Versuchs strafbar. Der Richter kann die Strafe unbeschränkt mildern."

[13]) Ad § 49a vgl. Binding, Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, 2. Bd., 2. Abt., Leipzig 1905, S. 860—870.

einmal in jenen Fällen, in denen die Vorbereitungshandlung zum Verbrechen strafbar ist. Denn die Bereitwilligkeit ist noch nicht Vorbereitungshandlung, sondern lediglich (erklärte) Entschlußfassung zur Verbrechensbegehung, ein rein innerlicher, psychologischer Vorgang. Der bloße Entschluß fällt ins ethische Gebiet, nicht ins Strafrecht.

§ 19. Verjährung.

[1])1. Man hat für die Verjährung der Strafverfolgung und -vollstreckung verschiedene materielle und prozessuale Gründe angeführt.

Die prozessualen Gründe entbehren der Durchschlagskraft. Einmal im Hinblick auf die Rechtstatsache, daß auch die Strafvollstreckung der Verjährung unterliegt; dann aber auch zufolge der verschiedenartigen Abstufung der Verjährungsfristen nach Maßgabe der drohenden oder erkannten Strafe.[2])[3]) Die Abstufung der Verjährungsfristen weist vielmehr darauf hin, daß die Verjährung in unmittelbarem Zusammenhang mit der Straf-Schuld steht, der kriminalpolitische Grund der Verjährung daher in der Verschuldung des Verbrechers gesucht werden muß. Die Verjährung erscheint gerechtfertigt (und zwar sowohl die Verjährung der Strafverfolgung, wie

[1]) Literatur: Dambach, Beiträge zur Lehre von der Kriminalverjährung, Berlin 1860; Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, S. 816—860 (Verjährung des Strafklagerechtes und des Strafrechtes); v. Risch, Über den rechtlichen Charakter der Kriminalverjährung nach heutigem Rechte, im Gerichtssaal, Bd. 36, 1884, S. 241 bis 293; v. Risch, Zur Frage der rechtlichen Konstruktion der Kriminalverjährung, Z. IX, S. 235—269; Gautier, De la prescription, Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, Bd. I, 1888, S. 443—474; Finger, Das Strafrecht (Compendien des Österreichischen Rechtes, 8), Bd. I, S. 311—322; Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Heft III, 1895, S. 306—310; Binding, Grundriß, Allg. Teil, 6. Aufl., S. 252—260; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 304—313, 316—327; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 571—589; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 291—297; Spira, Die Zuchthaus- und Gefängnisstrafe, München 1905, S. 145—147; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 262—271.

[2]) Unzutreffend ist die Ausführung Binding's, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, S. 830, daß die Beweisverdunkelung nach der Schwere der Verbrechen verschieden rasch vorwärtsschreite. Vgl. dagegen Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 306—309.

[3]) Auch bei der Verjährung offenbart sich die Tatsache, daß das Gesetz nicht selten klüger ist, als der Gesetzgeber. Unter Berufung auf Abegg führen die Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund (S. 107) als den einheitlichen Grund der Verjährung, sowohl der Strafverfolgung, als auch der Strafvollstreckung, die Macht der Zeit an. (!!)

auch jene der Strafvollstreckung) auf Grund der Idee der Strafschuld. Die Strafschuld erweist den Täter als verbrecherischen Menschen, erweist seine Persönlichkeit im Rechtssinn als eine von der Norm in malam partem abweichende. Das Recht präsumiert, daß die verbrecherische Persönlichkeit oder Qualität eines Menschen im Laufe der Zeit eine Änderung erfährt. Die Verjährung des Strafanspruchs stützt sich auf präsumtive Änderung der Persönlichkeit. Hierbei bezieht sich die Präsumtion nicht auf die ethische Persönlichkeit, sondern auf jene im Rechtsinne, und zwar so, wie sie sich durch die Tat dargestellt hat. Daher kommen anderweite spätere Straftaten für die Verjährung nicht hemmend in Betracht.

2. Aus der rechtsphilosophischen Deutung der Verjährung ergibt sich die Abstufung der Verjährungsfristen gemäß der Schwere der Straftat. In je höherem Maße die verbrecherische Qualität des Täters durch die Tat offenbar wird, je intensiver die Strafschuld ist, desto längerer Zeitablauf ist in thesi erforderlich, um eine Änderung der verbrecherischen Pysche herbeizuführen.

Hingegen entbehrt die längere Bemessung der Verjährungsfristen bei der Strafvollstreckung, gegenüber jener für die Strafverfolgung, der inneren Berechtigung. Zu Gunsten dieser Verschiedenheit in der Fristenbemessung läßt sich höchstens der Umstand anführen, daß bei der Strafvollstreckung die verbrecherische Qualität des Täters nach Bestand und Art erwiesen, bei der Strafverfolgung (nur vermutet,) zweifelhaft ist.

Daß nach deutschem Reichsrecht bei Unterbrechung der Verjährung die Frist von neuem läuft („eine neue Verjährung beginnt"; § 68 Abs. III RStGB.), ist rechtsphilosophisch in keiner Weise zu rechtfertigen.

Zweites Buch.

Das Verbrechen.

Viertes Kapitel.

Verbrechen und Kultur.

§ 20. Das Verbrechen als philosophischer und als Rechtsbegriff.

1. Die Definitionen des Verbrechens[1]) betreffen zwei ganz verschiedene Untersuchungsobjekte. Ein Teil der Autoren untersucht auf Grund der bestehenden Rechtsordnung (einer speziellen, oder auf Grund der Rechtsordnung überhaupt) den Verbrechensbegriff; ein anderer bestimmt die Merkmale der Handlungen, die vom Gesetzgeber — sei es regelmäßig, oder nur auf einer bestimmten Rechtskulturstufe — mit Strafe bedroht werden. Die letztgenannten

[1]) Vgl. die Zusammenstellung bei Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, S. 27—31.

Makarewicz gibt folgende Scheidung:

I. Gruppe. Das Verbrechen ist das Böse, Sündhafte: die griechische und römische religiös-rechtliche Auffassung; Thomas von Aquin, Grotius, Stahl (Wieland, Franck, Rossi, Köstlin).

II. Gruppe. Das Verbrechen ist Verletzung der Norm, die aus dem Gesetze oder aus dem sozialen Vertrag folgt.

a) Gesetzwidrig ist das Verbrechen nach: Hobbes, Spinoza, Pufendorf, Filangieri, Kant, Feuerbach, Ahrens, Röder, Hegel, Binding, Carrara, Hälschner, Finger, Vaccaro.

b) Bruch des Gesellschaftsvertrags ist das Verbrechen bei: Rousseau, Fichte, Beccaria.

III. Gruppe. Das Verbrechen als gemeinschädliche Handlung: Bentham, Carmignani, Schultze, Kohler, Blocq, Onanoff, Hugo Meyer, Jhering, Garofalo, Hertz. Hierher gehört auch Makarewicz.

IV. Das Verbrechen ist die Handlung oder Unterlassung, die vom Staate gestraft wird: Schapper, v. Grolman, v. Liszt, Janka, Beaussire, Joly, Lammasch.

V. Kombinationen einzelner in den vorstehenden Gruppen angeführten Merkmale: Berner, Romagnosi, v. Bar, Merkel, Ferri, Krzymuski.

Autoren wenden ihr Augenmerk dem Verbrechen als philosophischem Begriff zu, jene dem Verbrechen als Rechtsbegriff.[2])

Das Verbrechen im philosophischen (legislativpolitischen) Sinne ist das strafwürdige Unrecht, oder die **strafwürdige Handlung**; das Verbrechen im Rechtssinne ist die **strafbedrohte Handlung**.

2. Die Untersuchungen des Verbrechens im philosophischem Sinne kranken meist an dem Fehler, — daß sie „das Verbrechen" unmittelbar zu bestimmen suchen. Das Verbrechen kann man nur als Rechtsbegriff fixieren; Verbrechen ist die strafbedrohte Handlung.[3]) Sobald man hingegen das Verbrechen im philosophischen Sinne bestimmen, oder festsetzen will: welche Handlungen werden vom Gesetzgeber (regelmäßig, oder auf bestimmter Rechtskulturstufe) für strafwürdig erachtet?, — in diesem Augenblick muß man das persönliche Moment in den Bereich der Untersuchung ziehen. Verbrechen im philosophischen Sinne oder strafwürdige Tat ist die Handlung des Verbrechers.[4]) Mit anderen Worten: bei der Bildung

[2]) Von den in Note 1 angeführten Autoren bestimmen

a) den philosophischen Verbrechensbegriff: Gruppe I, IIb, III und von Gruppe V Berner, Romagnosi, Ferri.

b) den Rechtsbegriff des Verbrechens: Gruppe IIa, IV und von der Gruppe V Krzymuski.

c) den Rechtsbegriff des Verbrechens unter Beifügung des gesetzgeberischen Motivs: von der Gruppe V v. Bar, Merkel.

[3]) Man kann nicht, wie Ferri und seine Schule, wie insbesondere auch Makarewicz, das Verbrechen als soziale Erscheinung erklären. Das Verbrechen ist Unrechtstat, ist ein Rechtsbegriff. Recht und Staat sind aber untrennbar. In vorstaatlichen oder außerstaatlichen Sozialgebilden gibt es wohl Handlungen, die als recht oder unrecht empfunden und geurteilt werden, aber kein Recht und kein Unrecht.

Vgl. Berolzheimer, System, Bd. III, S. 18—23, 89—91, 109 f., 114 f., 118 bis 120.

[4]) Treffend geht Binding von der Person des Verbrechers aus. Der Ungehorsam, die Auflehnung gegen die Rechtsnorm erzeugt nach Binding das Delikt (die straffähige, die das subjektive staatliche Strafrecht begründende Handlung). Aber das Moment des Ungehorsams bildet nicht das Kriterium, auf Grund dessen staatliche Strafe normiert wird.

Die soziologische Lehre hingegen, die im sozialgefährlichen Menschen den Verbrecher erblickt, nimmt hiermit nur scheinbar den Verbrecher zum Ausgangspunkt der Forschung. Denn die Sozialgefährlichkeit wird nach der soziologischen Schule manifestiert durch das Verbrechen; im Verbrechen aber wird die Tat erblickt, die besonders schutzwürdige oder schutzbedürftige Interessen der Gesamtheit verletzt oder bedroht (Jhering, v. Liszt). Die Grundlage ist daher hier in Wahrheit eine objektive, das Schutzbedürfnis der Gesellschaft, das bedrohte Rechtsgut.

Eine Synthese der Binding'schen und der Jhering'schen Auffassung unter

des Strafrechts schweben dem Rechtsbildungsorgan (sei dies die Volksüberzeugung, oder in fortgeschrittener Zeit der Gesetzgeber) nicht bestimmte Handlungen vor, die pönalisiert werden sollen, sondern Persönlichkeiten, deren Betätigung als verbrecherische erscheint und deshalb von der Rechtsordnung zum Verbrechen gestempelt wird.

Das Verbrechen im philosophischen Sinne ist kein originärer, sondern ein abgeleiteter Begriff, abgeleitet aus der Persönlichkeit des Verbrechers. Die Tötung eines Menschen, die Sachwegnahme, die Beischlafsvollziehung sind Verbrechen, werden pönalisiert, wenn sie unter solchen Umständen begangen werden, daß sie als Ausfluß, als Betätigung der verbrecherischen Persönlichkeit erscheinen. Nicht das Verbrechen wird gestraft, sondern die Tat des Verbrechers. Und es sind nur rechtstechnische Gründe, die dazu führen, Verbrechenstatbestände aufzustellen. Hierbei sind aber die Rechtsbestimmungen derart, daß jeweils der Verbrechensbegriff erst erfüllt wird, wenn die verbrecherische Persönlichkeit als handelndes Subjekt hinzugenommen wird. Wer eine fremde bewegliche Sache in rechtswidriger Aneignungsabsicht wegnimmt, wird bestraft; das bedeutet: Die Wegnahme in rechtswidriger Aneignungsabsicht ist strafbar, wenn sie durch einen schuldfähigen Menschen erfolgt. In analoger Weise führt jeder echte Verbrechenstatbestand, jeder Tatbestand einer kriminellen Handlung (nicht auch das bloß polizeiliche Unrecht) auf eine strafschuldbeladene Persönlichkeit.[5])

Das Verbrechen im philosophischen Sinne ist mithin die strafwürdige Handlung, d. h. die Tat, durch deren Begehung ein Mensch

---

nimmt A. Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, Bd. I, Jena 1903. Daselbst S. 378: „Die verbotene zurechenbare menschliche Handlung ist formell: pflichtwidrig (vom Standpunkte des Verpflichteten), rechtswidrig (vom Standpunkte des Berechtigten), normwidrig (vom Standpunkte des Gesetzes, des objektiven Rechtes); inhaltlich betrachtet ist sie: Die Äußerung eines rechtlich bekämpften Individualinteresses (vom Standpunkte des Verpflichteten), widerspricht sie einem rechtlich geschützten (objektiven, abstrakten) Durchschnittsinteresse (vom Standpunkte des Berechtigten), läuft sie endlich dem Gemeinwillen, der sich in den Normen verkörpert, zuwider (Standpunkt des Gesetzgebers)."

[5]) Daher legt Beling ganz richtig dar, daß eine wirklich erschöpfende und nicht tautologische Definition des Verbrechens im rechtstechnischen Sinne die Zusammenstellung aller Voraussetzungen der strafbedrohten Handlung geben muß. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906, S. 1—82; S. 7: „Verbrechen ist die tatbestandsmäßige, rechtswidrige, schuldhafte, einer auf sie passenden Strafdrohung unterstellbare und den Strafdrohungsbedingungen genügende Handlung."

sich als strafwürdig erweist (nicht die Tat als solche erscheint verbrecherisch, sondern als die Tat eines verbrecherischen Subjekts).

Das Verbrechen ist die rechtlich relevante Untat der verbrecherischen Persönlichkeit.[6])[7])

§ 21. Kein delitto naturale. Das Verbrechen auf den verschiedenen Rechtskulturstufen. (Religiös-rechtliche Auffassung; anethische Struktur; sittlich-rechtliche Synthese.)

I. Das Naturrecht kennt natürliche Rechte. Das Seitenstück zu diesen bildet das natürliche Unrecht. Die Idee des natürlichen Unrechts ist aber erst in der Neuzeit auf Grund soziologischer Erfassung des Verbrechens aufgetaucht; und im Gegensatz zur aprioristischen Konstruktionsart des Naturrechts wird das natürliche Verbrechen (vermeintlich) empirisch gefunden.

Garofalo hat das delitto naturale entdeckt.[1]) Garofalo verfährt bei Bestimmung des delitto naturale vermeintlich empirisch, kulturhistorisch und völkerpsychologisch; in Wahrheit geht er durchaus naturrechtlich zu Wege, indem er die rechtskulturelle Strömung der Gegenwart seiner Konstruktion der natürlichen Verbrechen zu Grunde legt. Dies zeigt sich bei seiner Normierung der „natürlichen" Verbrechenstatbestände, bei denen er z. B. Ausbeutung der

---

[6]) Beling, Die Lehre vom Verbrechen, S. 82—87, leitet den Begriff des Verbrechers von jenem des Verbrechens ab. Verbrecher ist, wer ein Verbrechen im Rechtssinne begangen hat (Beling, a. a. O. S. 82). Verbrechen aber ist die in concreto (d. h. im Hinblick auf das Vorhandensein aller gesetzlich normierten Voraussetzungen) strafbedrohte Tat. (Vgl. oben Note 5.)

Für die Rechtsanalyse, die rechtstechnisch aus der gegebenen Rechtsordnung die Begriffe Verbrechen und Verbrecher feststellen will, ist dies Verfahren völlig berechtigt. Rechtsphilosophisch, konstruktiv muß man jedoch umgekehrt zu Werke gehen. Denn der Gesetzgeber oder das wie immer beschaffene Rechtsbildungsorgan geht nicht vom objektiven Tatbestand aus, sondern vom verbrecherischen Subjekt. Der Gesetzgeber entwickelt den Verbrechensbegriff aus der Vorstellung der verbrecherischen Persönlichkeit.

[7]) Der objektive Gesichtspunkt, der von der Handlung ausgeht, kann das rechtsphilosophische Wesen der Strafrechtswidrigkeit nicht erschließen. Daher kommt Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit, Halle a/S. 1905, S. 38—55, zu einer Definition der Strafrechtswidrigkeit, der kriminell zu ahndenden Rechtswidrigkeit, nur durch Beifügung der Bedingung einer positivrechtlichen Bestimmung. Er gibt daher nicht eine rechtsphilosophische, sondern (nur) eine rechtstechnische Lösung. Vgl. dazu unten § 22, Note 9.

[1]) Criminologia (Bibliotheca Anthropologico-Giuridica, ser. I, vol. II) 1885; in französ. Ausgabe La Criminologie, 5. éd., Paris 1905, p. XV, 1—52.

Kinder durch übermäßige Kinderarbeit mitaufführt,[2]) — ein Verbrechenstatbestand, der erst auf Grund der sozialethischen Rechtskultur am Ausgang des 19. Jahrhunderts zu Tage getreten ist und in Italien noch heute nur sehr beschränkte Anerkennung findet.

Zugleich verfährt Garofalo — wie aus dem Allegat in der Note ersichtlich ist — bei Ermittlung der natürlichen Verbrechenstatbestände wesentlich (sozial-)psychologisch. Garofalo's delitto naturale erwächst daher aus einer eigentümlichen Mischung von Naturrecht und Sozialpsychologie — zwischen der Theorie von gestern und der Methode von morgen.

Zurückzuweisen ist auch Makarewicz' Deduktion über das natürliche Verbrechen.[3]) Makarewicz übernimmt von Garofalo die

[2]) La Criminologie, 5. éd., p. 15: „Quels sont-ils ces sentiments moraux élémentaires dont la violation ne peut pas être tolérée par une société humaine sortie de l'enfance. . ." p. 44: „C'est ainsi que la première catégorie, l'offense du sentiment de pitié ou d'humanité, comprend d'abord les attentats à la vie des personnes, et toutes sortes d'actions tendant à leur causer un mal physique, comme le sévices et mutilations, les mauvais traitements envers des individus faibles ou incapables de résistance, les maladies causées volontairement, l'excès de travail imposé à des enfants ou l'exercice d'un travail capable d'endommager leur santé ou d'arrêter le développement de leur corps (ces dernières actions ne figurent pas dans les codes, ou, tout au plus, sont-elles rangées parmi les contraventions); ensuite les actes physiques qui produisent une douleur en même temps physique et morale, comme la violation de la liberté individuelle dans un but égoïste quelconque comme la luxure ou le gain, comme l'enlèvement sans consentement, l'emprisonnement arbitraire, etc., — enfin les actes qui, par un moyen direct, produisent nécessairement une douleur morale, la calomnie, la diffamation, le détournement d'une fille moyennant tromperie.

Dans la seconde catégorie, l'offense au sentiment élémentaire de probité, nous avons rangé: d'abord les agressions violentes à la propriété, le vol, l'extorsion, la dévastation, l'incendie; ensuite, les agressions faites sans violence, mais par abus de confiance, l'escroquerie, l'infidélité, l'insolvabilité volontaire, la banqueroute, la violation d'un secret, le plagiat, et toutes sortes de contrefaçons nuisibles aux droits des auteurs ou des fabricants; enfin les lésions indirectes à la propriété ou aux droits civils des personnes moyennant des mensonges solennels, comme les faux témoignages, les faux dans les actes authentiques, la substitution d'un enfant, la suppression d'état civil, etc."; p. 45: „Nous avons laissé en dehors de notre cadre d'abord, les actions qui menacent l'État . . . .; ensuite, les actions qui attaquent le pouvoir social dans but politique . . . etc.: puis les actions lésant la tranquillité publique . . . enfin, les transgressions de la législation particulière d'un pays . . ."

[3]) Einführung in die Philosophie des Strafrechts, S. 26—31, 79—90, 122—135, 136—213. Das Verbrechen definiert Makarewicz (S. 79 f.) mit starkem Anklang an

Idee des natürlichen Verbrechens, mißbilligt aber dessen psychologische Methode. Makarewicz argumentiert folgendermaßen: Jedes Verbrechen verletzt gewisse Güter, die der gegebenen Gesellschaft als wesentliche erscheinen. Welche dies sind, ist jeweils quaestio facti. „Darin sind jedoch alle sozialen Gruppen einig, daß ihre Auflösung, ihr Untergang das Schlechteste ist, was es geben kann."[4]) Daher ist die Grundform des Verbrechens, das natürliche Verbrechen, der Hochverrat. Verrat und Aufstand bilden bei vielen Völkern das einzige Verbrechen. Auch in kleineren sozialen Verbänden ist Verrat die schwerste Verfehlung, so nach Auffassung der Kirche, vornehmlich der katholischen.

Die konkrete Gestaltung des hochverräterischen Verbrechenstatbestandes wechselt; das Gemeinsame dieser Erscheinungsformen „ist die direkte Gefährdung der Gesellschaft, eigentlich ist der Verrat nur die Quintessenz der antisozialen Handlung".[5])

Der Fortschritt, den die Lehre Makarewicz' gegenüber Garofalo darstellt, beruht darin, daß Makarewicz versucht, dem entwicklungsgeschichtlichen Moment gebührend Rechnung zu tragen. Für Makarewicz ist das natürliche Verbrechen oder der Hochverrat nicht ein fest umschriebener Verbrechensbegriff, vielmehr erkennt Makarewicz, daß Tatbestand des Verbrechens, wie auch Schuldauffassung, nach Zeit und Ort wechseln. Makarewicz' „natürliches Verbrechen" bedeutet daher im Grunde die Formel und Form, die erst noch gemäß dem jeweiligen Rechtskulturstande mit dem entsprechenden Inhalte zu füllen ist.

Das Fehlerhafte an Makarewicz' Darlegungen ist der objektive und utilitarische Standpunkt, den er einnimmt. Nicht das objektive Moment der Schädigung als solches ist in Wahrheit Grundlage für die Bestrafung, sondern das subjektive der verbrecherischen (d. h.

---

den Sozialutilitarismus: „Ein Verbrechen ist die vom Mitgliede einer gegebenen sozialen Gruppe begangene Handlung, welche von den übrigen Mitgliedern derselben als für die Gruppe so schädlich betrachtet wird, oder einen solchen Grad antisozialer Gesinnung bei dem Täter bekundet, daß dieselben gegen den Täter öffentlich, äußerlich, gemeinschaftlich reagieren, indem sie eines seiner Güter zu verkürzen suchen."

Als natürliches Verbrechen (delitto naturale) erscheint Makarewicz der Verrat, Hochverrat (S. 122—135).

Makarewicz nimmt weiterhin drei Entwicklungsphasen des Verbrechens an: Das Verbrechen gegen die Stärkeren, gegen die Gottheit, gegen die Gesellschaft (S. 136—213).

[4]) Einführung in die Philosophie des Strafrechts, S. 122—125, 125.

[5]) a. a. O. S. 125—135, 135.

der nach jeweiliger Rechtskultur als besonders schuldig erschauten) Persönlichkeit. Nicht der utilitarische Gesichtspunkt der Gesellschaftsinteressen oder -güter bestimmen den Verbrechensbegriff, vielmehr ist das Recht stets durch nichtutilitarische, ideale (sei es religiöse auf niedriger, sei es rein kulturelle auf hoher Stufe) Motive wesentlich beeinflußt, und mit dem Recht das Strafrecht und der Verbrechensbegriff.

II. 1. Alles Recht ist Kulturerscheinung. Auch das Strafrecht ist jeweils Kulturerzeugnis einer bestimmten Zeit.[6]) Dies gilt von der Strafschuld, dies gilt nicht minder bezüglich der Verbrechenstatbestände.

Wie das Recht irgendwelchen Realitäten seinen Stempel aufdrückt und sie dadurch zu Rechtswerten erhebt, so prägt es auch negative Werte, Un-Werte, Unrechtswerte, Verbrechenstatbestände.

Hierbei offenbart sich das Strafrecht als Kulturerscheinung in doppelter Hinsicht: das Recht erwächst aus der jeweils herrschenden Kultur; das Recht festigt durch seine Normierung die Errungenschaften jeder neuen Kulturstufe.

Allenthalben ist das Recht ursprünglich religiös eingekleidet, geht es im Kult auf. Nach der Losreißung von der Priesterherrschaft offenbart sich die Verweltlichung des Rechts in seiner anethischen Gestaltung. Auf höherer Kultur tritt dann die Synthese von Recht und Ethik ein.

2. In der religiös-rechtlichen Periode erscheint das Verbrechen als abscheuliche Tat, die himmelschreiend die Rache der Gottheit hervorruft.[7])

Das Verbrechen ist Teufelswerk, schädliche Zauberei, Hexenschade. In allen primitiven Rechten spielt diese Vorstellung eine bedeutsame Rolle.[8]) Das Wesen der Zauberei wird darin erblickt,

---

[6]) Treffend Kohler, Die Ideale im Recht, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 5, 1891, S. 161 f.; Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. I, S. 4, 6, 14 f., 21 f. Vgl. auch Berolzheimer, System, Bd. II, S. 439—441; Bd. III, S. 104—109.

[7]) Vgl. oben § 8. Siehe auch: Vaniček, Griechisch-lateinisches etymologisches Wörterbuch, Leipzig 1877, Bd. I, S. 45, mit Bd. II, S. 765; Kohler, Studien aus dem japanischen Recht, ZRV. Bd. 10, 1892, S. 378 (nach dem ältesten japanischen Strafrecht mußte sich der Täter einer Sühne unterwerfen); Kohler, Das Islamrecht, ZRV. Bd. 17, 1905, S. 215; Kohler, Zum Recht der Tschinuk, ebenda S. 334; Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, S. 155—179.

[8]) Vgl. Kohler, Zur ethnologischen Jurisprudenz, ZRV. Bd. 6, 1886, S. 410 f.; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1892, S. 678—681 (Die Zauberei mit Einschluß der Vergiftung); Rehme, Über das Recht der Amaxosa, ZRV. Bd. 10,

daß sie höhere Kräfte schädlich wirken läßt.[9]) Oft tritt die Zauberei in Verbindung mit Giftmischerei zu Tage.

Der Zauberglaube spielt auch nach Beendigung der religiös-rechtlichen Epoche als Rudiment der früheren Kulturperiode eine bedeutsame strafrechtliche Rolle. Man erinnere sich an Zauber- und Hexenglauben und -bestrafung im deutschen Mittelalter und darüber hinaus in der neueren Zeit bis auf Carpzov.[10])

Aus der befleckenden, sühneheischenden Natur des Verbrechens ergibt sich für die Zeit der religiösen Gestaltung des Strafrechts als Grundstrafe die Opferung (Opfertod) oder Ausstoßung (Friedloslegung) des Verbrechers.[11]) Die religiöse Auffassung führt zugleich zum Verbot der Begnadigung; die Bestrafung ist heilige Pflicht, ihre Unterlassung schweres Unrecht.[12])

Nach religiös-rechtlicher Auffassung ist die Gemeinschaft nicht nur Rechts-, sondern zugleich Sakralverband. Der wie immer geartete Verrat[13]) erscheint daher schwerstes Verbrechen gegenüber der Gottheit und der Gemeinschaft zugleich.

1892, S. 54; S. R. Steinmetz, Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe, II. Bd., Leiden und Leipzig 1894, S. 328—335; Kohler, Das Recht der Azteken, ZRV. Bd. 11, 1895, S. 96 (Zauberer und Hexen wurden, wenn sie Unheil anrichteten, mit dem Tode bestraft); Post, Die Kodifikation des Rechts der Amaxosa von 1891, ZRV. Bd. 11, S. 248; Kohler, Die Rechte der Urvölker Nordamerikas, ZRV. Bd. 12, 1897, S. 412 f.; Kohler, Das Recht der Marschallinsulaner, ZRV. Bd. 12, S. 452 (Strafe gegen Tötung mittels Hexerei); Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 639—643 (Todesstrafe gegen Zaubermord und Magie; Deportation oder Hinrichtung schon beim Besitz magischer Bücher); Kohler, Rechte der deutschen Schutzgebiete, II. Das Recht der Papuas, ZRV. Bd. 14, 1900, S. 376, 380; Kohler, Rechte der Deutschen Schutzgebiete, V. Das Recht der Betschuanen, ZRV. Bd. 15, 1902, S. 333, 334; VI. Das Recht der Hottentotten, ebenda S. 354; Rich. Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 4. Aufl., Leipzig 1902, S. 74, 357; Kohler, Zum Recht der nordaustralischen Stämme, ZRV. Bd. 17, S. 330; Zum Recht der Timoresen, ZRV. Bd. 17, S. 340; Kohler, Zum Rechte der Papuas, ZRV. Bd. 19, Heft 1, 1906, S. 164; Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, S. 143, 179, 196 f., 206.

[9]) Avé-Lallemant, Das deutsche Gaunertum, 2. Teil, Leipzig 1858, S. 249.

[10]) Bamb. Art. 55, 64, 131; CCC. Art. 21, 44, 52, 109.

Osenbrüggen, Das Alamannische Strafrecht, Schaffhausen 1860, S. 373—375, 377—383: Bartolomäus, Über Hexenprozesse, Z. XXI, S. 66—82. Siehe auch Ludwig Günther, Ein Hexenprozeß, Gießen 1906.

[11]) Vgl. unten § 40.

[12]) Vgl. Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, Würzburg 1883, S. 112—115 (indische, orientalische, griechische, römische Auffassung); Nachwort zu Shakespeare, Würzburg 1884, S. 13 (altchaldäisches Recht und — allerdings mit Bezug auf die richterliche Strafzumessung — auch altperuanisches Recht).

[13]) Vgl. über Verrat, Hoch- und Landesverrat überhaupt: Osenbrüggen, Das

Die religiös-rechtliche Auffassung wirkt auch den Frieden und ahndet den Friedensbruch, durch religiöse Ausgestaltung der Unverletzlichkeit von Person und Gut. Daraus entspringt der besondere Schutz zu Gunsten des der Gottheit Geweihten[14]) und des Friedens.[15])

Die Vorstellungen des besonderen Schutzes der heiligen Orte und Objekte und der besonderen Heiligkeit des Friedens erhalten sich über die reinreligiöse Periode hinaus und erstrecken sich abgeschwächt bis in die Gegenwart.

Alamannische Strafrecht, S. 394—398; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, S. 685—690; Rehme, Über das Recht der Amaxosa, ZRV. Bd. 10, S. 53; Steinmetz, Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe, II. Bd., S. 338—340 (Verräter des Stammes); Kohler, Das Recht der Azteken, ZRV. Bd. 11, 1895, S. 82 (bei Hochverrat und Landesverrat büßte auch die Familie des Täters: die Verwandtschaft bis zum 4. Grad wurde versklavt); Kohler, Das Recht der Marschallinsulaner, ZRV. Bd. 14, 1900, S. 449 (der Verräter wird getötet, von der verratenen Partei, oft auch von der, in deren Diensten er den Verrat beging); Kohler, Das Banturecht in Ostafrika, ZRV. Bd. 15, 1902, S. 65; Das Recht der Betschuanen, ebenda S. 333; Das Recht der Hottentotten, ebenda S. 355; Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., S. 353 f.; Köhler, Hochverrat und Landesverrat, in Goltdammer's Archiv, Bd. 51, 1904, S. 130—145, 269—291; Bd. 52, 1905, S. 15—36; Bd. 51, S. 130—133; Kohler, Urkundliche Beiträge zur Geschichte des Strafrechts, in Goltdammer's Archiv, Bd. 51, S. 314—316; Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, S. 125—135 und sonst. Vgl. auch Urysohn, Das Verbrechen des Hochverrats („Bunt protiw wlasti werchownoi") im russischen Strafrecht, Breslau 1906 (Bennecke-v. Lilienthal, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 69). Siehe ferner die Literaturangaben unten § 40.

[14]) Steinmetz, Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe, Bd. II, S. 340 f.; Kohler, Rechte der deutschen Schutzgebiete, IV. Das Banturecht in Ostafrika, ZRV. Bd. 15, 1902, S. 61 (Versklavung wegen Verletzung einer Geisterhütte); J. Herm. Lipsius, Das Attische Recht und Rechtsverfahren, Bd. I, Leipzig 1905, S. 128 f. (Todesstrafe nach attischem Recht bei Ausrodung eines der staatlichen Ölbäume, die als der Athena heilig galten, weshalb ihre Vernichtung als religiöser Frevel, als ἀσέβεια angesehen wurde); Makarewicz, Einführung in die Pilosophie des Strafrechts, S. 176—182.

[15]) Vgl. Wilda, Das Strafrecht der Germanen, Bd. I, Halle 1842, S. 224—277; Osenbrüggen, Das Alamannische Strafrecht, S. 47—59, 224; v. Bar, Handbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 60 f., 90—93, 99; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, S. 541, 580—585 (Die Sonderfrieden); Kohler, Das Recht der Azteken, ZRV. Bd. 11, 1895, S. 87; Kohler, Das Recht der Papuas, ZRV. Bd. 14, 1900, S. 382 f.; Das Recht der Marschallinsulaner, ebenda S. 448; Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, S. 182—187; R. Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., S. 73—75, 78 f.

Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter, Nördlingen 1864, S. 285, Ziff. 2: „Mit Gesetz muß man das Land bewohnen, nicht mit Gewaltswerken." v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts, 2. Aufl., 2. Abdr., Straßburg 1901, S. 141: „Das Verbrechen ist und heißt ein ‚Bruch des Friedens' . . ."

3. In der religiös-rechtlichen Kulturepoche besteht auch die Blutrache; sie wird in jener Zeit gleichfalls unter religiöser Einwirkung, als religiös-rechtliche Pflicht geübt. Aber sie hat mit dem Strafrecht nichts zu tun. Das Strafrecht steht unter der publizistisch-religiösen Anschauung, daß der Verbrecher ein μίασμα bilde, daß das ungeahndete Verbrechen den Götterzorn auf die Gemeinschaft lenken und diese ins Verbrechen stürzen würde. Die Blutrache hingegen wird unter der individual-religiösen Idee des Ahnenkults[16]) geübt. Die Blutrache ist Religionspflicht der Angehörigen; der Kreis der Angehörigen ist um so größer, je niedriger die Rechtskulturstufe in Frage ist, je weniger folgeweise der rechtliche Individualisationsprozeß fortgeschritten ist, je mehr sich die Gruppe als einheitliches Rechtssubjekt fühlt. Es ist also nicht an dem, als ob neben dem sakralen Strafrecht ein weltliches Blutrache-Strafrecht bestanden hätte — ein Dualismus dieser Art ist mit der kulturhistorischen Erfassung der ersten Rechtsepoche in keiner Weise vereinbar. Vielmehr ist in jener Zeit alles Recht Sakralrecht: das Strafrecht hat gegenüber den Verbrechen statt, d. h. gegenüber jenen Untaten, die die Gemeinschaft angehen, den publizistischen oder religiösen Freveln; die Blutrache erwächst gegenüber der individuellen Schädigung, als privatrechtliche Reaktion, als Genugtuungsakt privatrechtlichen Charakters.[17])

4. Der Kulturfortschritt vollzieht sich stets gemäß dem Gesetz der Pendelbewegung. Der Übergang von einer Kulturstufe zu einer höheren betätigt sich immer mittels eines gewissen Überschwangs, einer übermäßigen Betonung der in der früheren Kultur vernachlässigten oder unberücksichtigten Momente. Wie in den letzten Dezennien der Übergang vom reinen, absoluten, rechtsstaatlichen Individualismus zur sozialethischen Gestaltung nicht etwa in der Weise zum Vollzug kam, daß unmittelbar an Stelle des ausbeuterischen Individualismus dessen sozialethische Linderung geheischt worden wäre, — vielmehr Kommunismus und Sozialismus mit illusionären politischen Gleichheitsformeln und wirtschaftlichen Mehrwerttheorien die ganze Rechtsgestaltung ausschließlich zu Gunsten der zuvor ausgebeuteten Arbeiterklasse beanspruchten: so hat sich in der Gesamtentwicklung des Rechts der Übergang von der religiösen Einkleidung des Rechtes (von seiner religiös-sittlichen Gestaltung) zur sittlich-

[16]) Vgl. Berolzheimer, System, Bd. IV, S. 136.

[17]) Vgl. meine eingehende Darlegung, System, Bd. IV, S. 133—144.

rechtlichen Epoche der neuen Zeit nicht direkt vollzogen, sondern mittels eines Zwischenglieds, das das entgegengesetzte Extrem der zuvor bestandenen Rechtskulturstufe darstelt. Allenthalben im Recht besteht eine erste Kulturperiode religiös-rechtlichen Charakters; bei allen Kulturvölkern hat sich auf jedem Rechtsgebiet — in manchen Rechtsteilen früh, in anderen sehr spät — die sittlich-rechtliche Struktur herausentwickelt; aber überall ist die erste Stufe von der letzten getrennt durch eine Epoche anethisch-rechtlicher Gestaltung. Das Recht emanzipiert sich von der religiösen Einkleidung und streift zugleich die ethischen Bestandteile ab.

Diese anethische Rechtskultur ist im Strafrecht dadurch gekennzeichnet, daß der Verbrechensbegriff völlig objektiviert wird: Die Verletzung des Friedens, die Schädigung der Gesamtheit ist Verbrechen. Der Verbrecher ist nicht mehr der sündige, der schuldbeladene Mensch, sondern der Verletzer, der Schädiger der Gemeinschaft schlechthin. Kausalität ist gleichbedeutend mit schuldhafter Kausalität. Der Erfolg entscheidet. Der Versuch ist straflos. Die Teilnehmer (Mittäter und Gehilfen) haften in gleicher Weise, ohne Rücksicht auf ihre Schuld; der Anstifter bleibt ohne Strafe.

In dieser Rechtsepoche ist die regelmäßige Strafe die Talion.[18]) Die Idee der Strafgerechtigkeit wird völlig verdrängt durch die zivilistische Gerechtigkeitsidee der Entgeltung.

Der Entwicklungsgang ist jedoch auch hier, wie stets in der Kulturgeschichte, durch historische, nicht durch logische Gesetze bedingt. Die Erscheinungen der ersten Rechtskulturperiode werden nicht restlos weggefegt, vielmehr ragen bedeutsame Residuen, Rudimente in die zweite Rechtsperiode herein.

4. Das anethische Strafrecht ist reines Erfolgsrecht. Der sittlichen Idee, wie sie insbesondere in der kirchlichen Auffassung sich offenbart, erscheint nur der böse Wille, die schlechte Gesinnung als schuldhaft. Durch das Eindringen der sittlichen Idee ins Strafrecht wird das zuvor anethische Recht ethisiert. Es wird nicht Bestandteil der Ethik, vielmehr erfolgt die sittlich-rechtliche Synthese. Diese offenbart sich darin, daß der Erfolg und das Wollen des Unrechts gemeinsam die Schuld bestimmen.

Die sittlich-rechtliche Synthese charakterisiert das Recht der neuen Zeit bis zur Gegenwart. Für das Strafrecht offenbart sie sich darin, daß zum Erfolg (= Rechtsmoment) die Schuld (= sittlicher

---

[18]) Vgl. unten § 41.

Faktor) vollwertig, gleichberechtigt hinzutritt. Daher ist es durchaus irrig, wenn man (wie z. B. Trendelenburg und Geyer) das Recht als Bestandteil der Ethik bezeichnet. Das Recht als solches hat mit der Ethik gar nichts zu tun, wie denn auch allenthalben anethische Rechtsperioden bestanden — im Privatrecht (absolute Gestaltung der subjektiven Rechte als reines Herrenrecht, dem das Objekt der privatrechtlichen Herrschaft, die familia, schutzlos gegenüberstand), im Staatsrecht (Absolutismus), im Strafrecht (Periode der reinen Erfolgshaftung, der objektiven Gestaltung des Strafrechts). Erst auf hoher Kulturstufe wird das Recht ethisiert. Und selbst dann bleibt es Recht; auch das ethisierte Recht geht nicht restlos in der ethischen Idee auf.

Wenn man diese Entwicklungsgestaltung klar erfaßt, wird ohne weiteres der Inhalt der Strafgesetze der neueren Zeit rechtsphilosophisch durchsichtig. Wenn man jene Struktur verkennt, sucht man vergeblich nach der rechtsphilosophischen Deutung einer Reihe grundlegender Strafrechtsbestimmungen. So z. B., daß nur die Handlung, nicht schon die bloße Gesinnung Straffälligkeit begründet; daß der Versuch milder bestraft wird, als die Vollendung; oder daß bei Bemessung der Strafdrohung neben der Gesinnung (Schuld) auch das verletzte oder gefährdete Rechtsgut (der Erfolg) vom Gesetz voll berücksichtigt wird. Das neuzeitliche Strafrecht ist eben auf der sittlich-rechtlichen Anschauung aufgebaut: Schuld und Erfolg sind im wesentlichen gleichwertige Faktoren der Pönalisierung.

Die Erfolgshaftung wird aus der anethischen Rechtsperiode übernommen; die Schuldhaftung tritt in der sittlich-rechtlichen Periode neu hinzu.

Die Schuld ergibt Abstufungen. Grundlegend wird und bleibt die Scheidung in dolus und culpa, in Erfolgswille und Willensunterlassung der Erfolgsvermeidung.[19])

Innerhalb dieser Grundformen der Schuld ergeben sich Abspaltungen. Daher stigmatisiert schon das alte deutsche Recht die Meinwerke, das altnordische Recht die Neidingswerke, als Verbrechen besonders verwerflicher Gesinnung.[20])

Insonderheit das deutsche Mittelalter hat die Verschuldung nach ihren verschiedenen Graden sehr deutlich empfunden. So gilt der

[19]) Vgl. oben § 12.

[20]) Vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, 2. Aufl., Leipzig 1906, S. 211 f. (245 f., 248), Bd. II, S. 539 f.; Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., S. 74.

Mord als schändliche Tötung,[21]) so besteht die dem Mord verwandte unehrliche Tötung.[22]) Qualifiziert ist ferner die mit der Tötung des eigenen Herrn[23]) offenbarte Treu- und Gesinnungslosigkeit. Auch beim Diebstahl, gegenüber dem Raub, erscheint die verächtliche Gesinnung bedeutsam.[24])

Zu ihrem Schaden hat die Strafrechtstheorie und -praxis späterhin die Schulddifferenzierung abgeschwächt und im wesentlichen nur Vorsatz und Fahrlässigkeit geschieden. Hierdurch ist jene Schematisierung der Verbrechenstatbestände eingetreten, die vielfach als ungerecht empfunden wird. Erst in der neuesten Zeit wird, vornehmlich unter Einwirkung der soziologischen Strafrechtsschule, die Bedeutsamkeit einer weiterreichenden Differenzierung des Schuldfaktors wiedererkannt.[25])

§ 22. Das Verbrechen als Rückfall in frühere Kultur. Die Pönalisierung als Kulturfaktor. Die Freiheitsidee im Strafrecht.

I. Alles Recht ist Kulturerzeugnis. Das Wesen der Kultur besteht aber in der Erhöhung der menschlichen Kraft. Staat, Recht und Sittlichkeit sind die großen artifiziellen Kraftpositionen, die den Menschen durch die Tatsache und die Art des Zusammenschlusses über sein Ich hinausführen. Jede neue Kulturperiode hebt sich gegenüber der früheren durch Kraftzuwachs ab.[1]) Intuitiv, nicht rationalistisch, nicht berechnend (nicht utilitarisch) schreitet die Menschheit von einer Kulturstufe zur jeweils nächsten fort;[2]) intuitiv reprimiert sie die Gegenkräfte, die hemmenden Kräfte, die der Kulturentfaltung sich widersetzen. Als eine solche Gegenkraft erscheint das Verbrechen.

Die Eigenart des Verbrechens besteht darin, daß es einen Rückschlag in frühere Kulturperioden darstellt. Ob Lombroso mit der anthropologischen Begründung des Atavismus, den der Ver-

[21]) Vgl. Osenbrüggen, Das Alamannische Strafrecht, S. 216—221.

[22]) Vgl. Osenbrüggen, a. a. O. S. 221—224.

[23]) Vgl. Osenbrüggen, a. a. O. S. 225; Osenbrüggen, Das Strafrecht der Langobarden, Schaffhausen 1863, S. 61.

[24]) Siehe unten § 31.

[25]) Siehe unten §§ 23, 25, 27—30.

[1]) Vgl. Berolzheimer, System, Bd. III, S. 23 f., 26—28, 55—65, 104—109, 113 bis 117 und sonst.

[2]) Vgl. Berolzheimer, System, Bd. I, S. 226—229, 310—317, Bd. III, S. 55—65, 112 f., 117 und sonst.

brecher bedeute, Recht hat, sei dahingestellt.[3]) Völkerpsychologisch erweist sich das Verbrechen als Atavismus, als **Rückfall in frühere Kultur.** Alles Strafrecht ahndet Rückfälle in frühere Kulturen. Das Strafrecht pönalisiert Handlungen, die einer früheren Kulturperiode zugehören, in einer früheren Kulturperiode unbefangen geübt wurden, aber in der jeweils herrschenden Kultur als Bedrohung der Kraft des Staatsganzen erscheinen.

Die religiös-rechtliche Strafkultur betrachtet zwar alle Verbrechen als Religionsverbrechen, als Verbrechen gegen die Gottheit; aber die Verbrechenstatbestände lassen stets Handlungen, die der eben überwundenen Kulturperiode angehören, als besonders strafwürdig erscheinen. Daher z. B. die schweren Strafen wegen Vielgötterei und Götzendienstes in der mosaischen Gesetzgebung — der Monotheismus wendet sich mit besonderer Schärfe gegen die religiöse Betätigung der eben überwundenen Kulturperiode.

Die Entwicklung der Familie erweist eine Epoche der Endogamie mit Geschwisterehe und weitestreichender Inzucht; nach Aufkommen der Exogamie erwächst die Pönalisierung des Inzests.[4]) Die Exogamie hebt mit Frauenraub[5]) an — höhere Kultur pönalisiert Entführung und Notzucht.

Der Raub ist in alten Zeiten vollgültiger Erwerbstitel;[6]) Diebstahl und Raub werden in der Periode des Kaufs pönalisiert. Gewalt und Kriegstat kennzeichnen den vollwertigen Bürger alter Zeit; die Zivilisation ringt nach Festigung des Friedens[7]) und ahndet — zunehmend schwerer — die Friedensbrüche.

Der Naturmensch ist arbeitsunlustig; die neuzeitliche Rechtsauffassung kriminalisiert die publizistisch relevanten Formen der Arbeitsscheu (Bettel, Landstreicherei).[8])

Es gibt nicht ein Verbrechen — bis zu den scheußlichsten Verirrungen des Kannibalismus —, das nicht in irgend einer Periode alter Kultur oder Halb- und Unterkultur rechtmäßige Tat gewesen wäre!

Die jeweils herrschende Kultur bestimmt das Recht gemäß den Anschauungen und Anforderungen der Kulturperiode.[9])

[3]) Vgl. oben § 3, S. 20 f.

[4]) Vgl. Berolzheimer, System, Bd. IV, S. 174, 182.

[5]) Vgl. Berolzheimer, System, Bd. IV, S. 175—177; auch Bd. III, S. 87, 94.

[6]) Vgl. Berolzheimer, System, Bd. IV, S. 48, 73; auch Bd. III, S. 64, 86 f., 94.

[7]) Vgl. oben § 21, S. 119.

[8]) Vgl. unten § 32.

[9]) Dies steht den in anderer Hinsicht verdienstlichen Darlegungen des Grafen zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand

Die jeweils herrschende Kultur bestimmt zugleich das Strafrecht durch **Pönalisierung der Rückschläge in überwundene Kulturperioden.**

II. Das Recht ist Kulturerscheinung in einem doppelten Sinne. Es ist erstens Kulturerzeugnis, zweitens Kulturfaktor. Als Kulturfaktor festigt das Recht die Errungenschaften jeder neuen Kulturstufe.

Diese Eigenschaft des Rechts tritt auch im Strafrecht in die Erscheinung: Verboten wird und bestraft, was einer früheren Kultur zugehörte, aber durch die neue Kultur überwunden werden soll. So nach Beseitigung der Endogamie der Inzest.[10]) So neuestens in Japan Opiumhandel und Opiumrauchen.[11]) So in der sozialethischen Rechtsperiode der Gegenwart der Wucher, wie auch gewisse, eklatante Formen der Arbeiterausbeutung.

Augenscheinlich bewirkt die Pönalisierung von Handlungen, die zuvor als nichtrechtswidrige geübt wurden, eine Einschränkung dieser Handlungen. Hierin liegt der richtige Kern der Abschreckungs-, wie auch der Schutztheorie (die als Pönalisierungsprinzip und Strafrechtstheorie im allgemeinen versagen).

III. Das Strafrecht ahndet Rückfälle in frühere Kultur. Aber nicht jeder Rückschlag wird bestraft. Die Pönalisierung findet ihre Grenze durch die staatsrechtliche Idee der **bürgerlichen Freiheit.**

Die gesamte nachmittelalterliche Rechtsentwicklung ist durch die Idee der Freiheit gekennzeichnet.[12]) Während die Antike und das Mittelalter den einzelnen lediglich als unselbständiges Glied in der Gemeinschaft erfassen, sodaß nur der Staat als Zweck, jeder Bürger lediglich als Mittel zum Zweck erscheint, erkennt die neue

---

strafbarer Handlungen, Halle a/S. 1905, entgegen. Dohna kommt hier unter Anwendung der von Stammler (in der „Lehre von dem richtigen Rechte") betätigten formalen Methode zu dem Ergebnisse: „Ein rechtswidriges Verhalten im Sinne unserer Reichsgesetzgebung ist in erster Linie ein unrichtiges Verhalten, d. h. ein solches, welches nicht anerkannt werden kann als rechtes Mittel zu rechtem Zweck; eine weitere Bedingung der Rechtswidrigkeit bildet dann eine dahingehende positivrechtliche Erklärung."

Die Stammler'sche Rechtsphilosophie wird den Wandlungen des Rechts gemäß der jeweiligen Gesamtkultur nicht gerecht; sie steht den Kulturwandlungen der Rechtserscheinungen genau so indifferent gegenüber, wie das Naturrecht.

[10]) Vgl. oben Note 4.

Siehe auch Steinmetz, Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe, Bd. II, S. 335—338.

[11]) Vgl. den Vorentwurf zu einem Strafgesetzbuch für das kais. japanische Recht, übersetzt von Okada, Berlin 1899, Art. 171—178 (Zuchthausstrafen!)

[12]) Vgl. Berolzheimer, System, Bd. II, S. 135—321.

Zeit das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen in weitem Umkreis an. Hieraus erwächst eine Begrenzung der hemmenden Rechtsvorschriften, eine Einengung der Verbrechenstatbestände durch Anerkennung der Religions-, der politischen und der Sexualfreiheit, soweit die Freiheit mit dem Wohl des Staatsganzen vereinbar erscheint.[18])

§ 23. Die sozialethische Erweiterung und die soziologische Vertiefung des Verbrechensbegriffes in der Gegenwart.

I. Aus dem gewaltigen Ringen der zuvor im kapitalistischen Joch geknechteten Arbeiterschaft um wirtschaftliche Freiheit ist der sozialethische Gedanke im Recht zur Anerkennung und Durchsetzung gelangt.

Die Sozialethik verwirft jede Ausbeutung, jedes Übermaß von Druck gegenüber den wirtschaftlich Schwachen im Rahmen und mit den Mitteln des formell gleichen Rechts.

Hieraus erwächst die Pönalisierung der Ausbeutung in den gesetzlich umschriebenen Fällen: Wucher, Verletzung der Arbeiterschutzgesetze,[1]) Zuwiderhandlung gegen die zu Gunsten der Arbeiter ergangenen sozialpolitischen Gesetze. Der Ausbeuter, der während der Herrschaft des Manchestertums straflos sein Wesen treiben konnte und nur allenfalls der Mißschätzung der vornehmer Denkenden verfiel, erscheint in der sozialethischen Kulturperiode strafwürdig.

II. Die soziologische Auffassung des Verbrechens hat zu einer Vertiefung der Sozialpsychologie des Verbrechens geführt. Die psychologische Forschung ergibt eine Vertiefung und größere Klarstellung des Schuldbegriffs. Und folgeweise das Postulat der Anpassung der Verbrechenstatbestände an die Schuld, des Einklangs der Bestrafung mit der Verschuldung.

Darin gründet der große Fortschritt derer um v. Liszt. Darin liegen die Errungenschaften der soziologischen, wie auch der anthropologischen Strafrechtsschule. In ihrem theoretischen Fundament hin-

[18]) Vgl. unten Kap. VI.

[1]) So pönalisiert die Reichsgewerbeordnung in § 146, Ziff. 1 das Trucksystem, Ziff. 2 die Verletzung der Bestimmungen über Schutz der Kinder, der jugendlichen Arbeiter und der Arbeiterinnen, sowie über Arbeitsruhe, Ziff. 3 die unzulässige Erschwerung des Fortkommens der Arbeiter etc.

Vgl. auch die Strafbestimmungen der §§ 23—27 des Kinderschutzgesetzes (Gesetz betreffend die Kinderarbeit in gewerblichen Betrieben vom 30. März 1903).

gegen stellen die neuzeitlichen Lehren mit ihrem aus Jhering's „Zweck im Recht" geschöpften Sozialutilitarismus einen Tiefpunkt dar, entsprechend dem Tiefstand der philosophischen Forschung am Ausgang des 19. Jahrhunderts. In der Forderung der Strafgestaltung gemäß der „Sozialgefährlichkeit" des Verbrechers liegt eine jener irrtümlichen Begründungen, mit denen meist neue große wissenschaftliche Wahrheiten ins Leben treten („illusionäre" Begründung).[2])[3]) Aber die soziologische Schule hat mit den meisten ihrer praktischen Postulate das Strafrecht wesentlich gefördert und in der Tat „neue Horizonte" erschlossen: Die Idee der bedingten Verurteilung, die Forderung, den Gewohnheitsverbrecher generell schärfer zu bestrafen, die geminderte Zurechnungsfähigkeit als veränderte Schuldqualität zu berücksichtigen, Freiheits- und Geldstrafe zu reformieren, — all diese und andere Postulate der soziologischen Schule bedeuten einen eminenten Fortschritt der Strafrechtswissenschaft, sobald man diese Gedanken von der irrigen Sozialgefährlichkeitsformel löst und auf die richtige Grundidee eines vertieften Schuldbegriffs zurückführt, einer Schuld, die nicht im Verbrechen als isolierter Tat ruht,

[2]) Über Begriff und Bedeutung der Illusion in der Geschichte der Rechtsphilosophie vgl. mein System, Bd. II, an den dort S. VIII angeführten Stellen; Bd. III, S. 55—65 und sonst.

[3]) Die Idee der Sozialgefährlichkeit ist nicht nur auf Grund des staatsrechtlichen Gedankens zu verwerfen, daß sie an Stelle der Strafe die polizeiliche Verwaltungsmaßregel setzt, die durch Strafgerichte und deren Unabhängigkeit garantierte Freiheit des Bürgers vor dem Gesetze aufheben würde (wie dies insbesondere Folge der „unbestimmten Verurteilung" wäre); sie führt auch zu rein strafrechtlich unhaltbaren Konsequenzen.

Nach der Sozialgefährlichkeitstheorie wäre der gewohnheitsmäßige Schnellfahrer (Polizeiübertretung!) schwerer zu strafen, als der Automobilist, der in der Regel die Fahrvorschriften einhält, in concreto aber durch Schnellfahren einen Menschen fahrlässig getötet hat. Der Totschläger im Affekt wäre minder straffällig, als der gewohnheitsmäßige Tierquäler oder Sachbeschädiger etc.

Die Vertiefung des Schuldbegriffes ist ein Verdienst der soziologischen Schule; die übermäßige Betonung des psychischen, des subjektiven Faktors ist ein Fehler der Positivisten. Strafrecht ist nicht Polizeirecht, Strafrecht ist nicht Ethik. Schuld und Erfolg sind gleichwertige Faktoren für das Strafrecht. Vgl. oben § 8, Ziff. 3, § 16, II, § 17 f., unten § 25. (Siehe dagegen: Gutachten Miler, Pustoroslew, Garraud, Gauckler über die Frage: Welche Konsequenzen ergeben sich in Rücksicht auf die zukünftige Strafgesetzgebung aus dem Prinzip der neuen Schule, daß den psychischen Faktoren mehr Bedeutung zuzuweisen sei als dem materiellen Erfolge?, IKV. Bd. X, 1902, S. 68—80, 98—100, 100—102, 428—434; Drill, Du rôle de l'élément subjectif dans le délit, ebenda p. 273—283; van Hamel, La responsabilité pour le résultat dans le droit pénal, ebenda p. 381—388.)

sondern in der Persönlichkeit des Verbrechers, wie diese sich durch die Strafhandlung offenbart.

Man kann daher zwar hyperkonservativ und wissenschaftlicher Stagnation zugeneigt jeden Fortschritt zurückweisen, oder sogar — wenn man schulmeisterlich veranlagt ist — eine „Warnung" vor der neuen Richtung ergehen lassen, aber der Fortschritt läßt sich durch solche Schulmeisterei nicht hemmen.

§ 24. Der Zweikampf als ehrenhaftes Verbrechen auf Grund Zusammentreffens zweier Rechtskulturanschauungen.

[1]) Das Duell ist für die höheren Stände Ehrensache, für den Offizier Standespflicht. Der Zweikampf ist Verbrechen.

Diese Anomalie erklärt sich dahin: Die Rechtskultur der neuen Zeit verbietet die Selbsthilfe und setzt an ihre Stelle den Rechtsschutz durch die Organe des Staats. Die ritterliche Auffassung der mittelalterlichen Kultur heischt Selbsthilfe gegenüber Beleidigungen; diese Auffassung hat sich in den höheren Ständen als Kulturrudiment mit wesentlich ungeschwächter Kraft erhalten. Man erkennt die Unsinnigkeit dieses Rudiments einer überwundenen Kulturperiode, aber es läßt sich nicht beseitigen, weil Kulturanschauungen im letzten Grund weder rationalistisch, noch utilitarisch, sondern rein gefühlsmäßig bestimmt werden.

In den Ländern, in denen jenes Rudiment völlig oder fast ganz geschwunden ist, mag man den Zweikampf dem gemeinen Strafrecht unterstellen. In Deutschland herrscht die alte Kulturanschauung, namentlich durch die Standespflicht des Offiziers gestützt, partikulär noch mit solcher Kraft, daß der Zweikampf strafrechtlich privilegiert wird: er ist ehrenhaftes Verbrechen, Verbrechen auf Grund ehrenhafter Gesinnung, und wurzelt in dem Zusammentreffen der herrschenden Kulturanschauung — Verbot der Selbsthilfe — mit der rudimentär erhaltenen Kulturauffassung — Gebot der Selbst-

[1]) Literatur: Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I, 2. Aufl., S. 119 und 392, Note, Bd. II, S. 481; v. Jhering, Der Zweck im Recht, II. Bd., 2. Aufl., Leipzig 1886, S. 253—255, 295 f., 303—306; Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Heft 4, Mannheim 1896, S. 336—339, Heft 6, 1897, S. 730 f.; A. Gautier, Sur le duel et sa répression en Suisse, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 11, 1898, S. 1—50; Binding, Lehrbuch, Bes. Teil, Bd. I, 2. Aufl., S. 64 f.; Frank, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 3./4. Aufl., S. 272—279; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 192—199, 257, 376, 385, 394; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 327—332; Kohler, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl.,

hilfe gegenüber Beleidigungen.[2]) Hieraus erwächst die mildere Bestrafung der Duellverletzung und -Gefährdung, sowie die besondere Strafart (custodia honesta).

Leipzig 1905, S. 170; Liepmann, Die Anträge der deutschen Antiduell-Liga, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. II, 1905, S. 119—133; Binding, Der Zweikampf und das Gesetz (3. Jahrg., Heft 2 der „Neuen Zeit- und Streitfragen", herausg. von der Gehestiftung), Dresden 1905; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 395—402.

[2]) Eine eigenartige Mischung von Wahrheit und Irrtum enthalten die Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Berlin, Juli 1869, S. 156, zu §§ 174—184 des Entwurfs: „Die Sitte, oder wenn man lieber will, die Unsitte des Duells hat sich noch immer stärker erwiesen, als das geschriebene Gesetz, und diesem bleibt somit nichts Anderes übrig, als sich gut oder übel mit der beschämenden (sic!!) Aufgabe abzufinden:

seine Vorschriften über das Duell so einzurichten, daß sie einerseits mit den Geboten der Gerechtigkeit nicht in allzu schroffen Widerspruch treten, und andererseits dem Bedürfnisse des Lebens ein wenigstens annäherndes Genüge leisten."

Fünftes Kapitel.

Verbrechen und Schuld.

§ 25. Dreiteilung der Strafhandlungen gemäss der Schuld.

[1])1. Die Einteilung der Straftaten erfolgt in alten Rechten meist im Anschluß an die Gerichtszuständigkeit. Diese bemißt sich vielfach nach Art und Maß der zulässigen Strafe.[2])

[1]) Literatur: Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, S. 510—517; Oskar Meyer, Bedeutung und Wert der Dreiteilung der strafbaren Handlungen für das Deutsche Reichsrecht, Berliner Diss., Berlin 1891; Des contraventions, Rapport de Dorado, IKV. Bd. VI, 1897, p. 263—271; desgl. Cuche, ebenda p. 272—275; desgleichen Travares de Medeiros, ebenda p. 299—304; desgleichen Henriquez da Silva. ebenda p. 431 sq.; Gutachten, Die Übertretungen, von Hiller, ebenda S. 354—362; P. D. Montero, Die Übertretungen im bestehenden spanischen Recht, IKV. Bd. VIII, 1900, S. 55—76; Poustoroslew, Détermination de la nature des contraventions, ebenda p. 77—91; Reichard, Die Übertretungen, ebenda S. 92—108; Louis Kahn, Des contraventions de police: définition, répression, procédure, ebenda p. 131—137; Fayer, Die Dreiteilung, ebenda S. 184—189; (vgl. auch Verhandlungen, IKV. Bd. VIII, S. 315—346); Herm. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, München 1902, S. 21—27; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 122—124; W. Rosenberg, Die Dreiteilung der strafbaren Handlungen, Z. XXIV, 1904, S. 1—34; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 118; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 7. Aufl., Bd. I, Berlin 1905, zu § 1 Note 1—4; Kitzinger, Die IKV., München 1905, S. 31—42 (Die Frage der Übertretungen); H. Meyer-Allfeld. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 27—29.

Siehe ferner die bei Oskar Meyer, Bedeutung und Wert der Dreiteilung der strafbaren Handlungen, S. 19—21 und sonst angeführte ältere Literatur.

[2]) Vgl. Tacitus, Germania, c. 12. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, 2. Aufl., S. 221—224, über die Verbrechenseinteilung in der germanischen Zeit; Bd. II. S. 538—540, über die Einteilung in der fränkischen Zeit (Einteilung gemäß der Rechtsfolge, die die Missetaten herbeiführten; Berücksichtigung der Gesinnung bei den Meinwerken); H. Zoepfl, Das alte Bamberger Recht als Quelle der Carolina. Heidelberg 1839, S. 108—111; H. Zoepfl, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. 2. Aufl., II. Bd., 2. Abt., Stuttgart 1847, S. 405—407; Mommsen, Römisches Straf-

Die Dreiteilung des Reichsstrafgesetzbuchs ist jener in § 1 des Strafgesetzbuchs Preußen 1851 nachgebildet, mit der sie sich im wesentlichen deckt. Die Motive heben — unter Verweisung auf Carpzov — hervor, daß die Dreiteilung nicht erst durch den code pénal überkommen, sondern althergebracht und deutschen Rechtes sei; der Vorwurf, die Dreiteilung sei eine rein äußerliche, da ihr die Strafdrohung, nicht „die innere Natur der Tat selbst", als Kriterium zugrunde liege, entbehre der Begründung.[3])[4])

2. Grundlage des Strafrechts und der Bestrafung ist die Schuld. Die Einteilung der Strafhandlungen steht daher im Einklang mit den Anforderungen der Gerechtigkeit soweit und nur insofern, als sie der Verschuldung des Verbrechers entspricht. Die Verbrechenstatbestände, ihre Einteilung und die Strafen müssen daher der Schuld angepaßt werden, mehr als dies heute der Fall ist.

Demgemäß ist die Verbrechenseinteilung nach der „Sozialgefähr-

---

recht, Leipzig 1899, S. 523—536; Rich. Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., Leipzig 1902, S. 756.

[3]) Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Berlin, Juli 1869, S. 10 f.

Über die Geschichte der französischen Dreiteilung bis zu ihrer Aufnahme ins Reichsrecht siehe O. Meyer, Bedeutung und Wert der Dreiteilung der strafbaren Handlungen, S. 2—19.

Vgl. ferner die Literaturangaben bei Rosenberg, Die Dreiteilung der strafbaren Handlungen, Z. XXIV, S. 1.

[4]) Strafgesetzbuch Baiern 1813, Art. 2 f., setzt die Dreiteilung: Verbrechen, Vergehen, Polizeiübertretungen, und nimmt als Maßstab der Einteilung sowohl die Schuld, wie sie sich in der Tat manifestiert, als auch die Strafdrohung und die Zuständigkeit der Gerichte.

Die Dreiteilung Verbrechen (mit dem Erfordernis „des bösen Vorsatzes", §§ 1, 238) einer-, Vergehen und Übertretungen andererseits hat Strafgesetz Österreich 1852, §§ 1, 233.

Strafgesetzbuch Bayern 1861, Art. 1, trennt die Straftaten in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen, je nach der angedrohten Strafe. (Bedeutsam und konsequent Art. 2: „Gestattet das Gesetz, statt der angedrohten Verbrechens- eine Vergehensstrafe oder statt der angedrohten Vergehens- eine Übertretungsstrafe ausnahmsweise auszusprechen, so nimmt die also bestrafte Handlung mit dem Urteil und zwar im ersten Falle die Natur eines Vergehens, im zweiten die einer Übertretung an").

In der Literatur hingegen wird die Dreiteilung überwiegend bekämpft. So von Wächter, Binding, Geyer, Fuchs, Schaper, Held (vgl. die Literaturangaben bei Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 123, Note 139), v. Liszt (Lehrbuch, S. 118, Note 4).

Die Dreiteilung haben aufgegeben: Strafgesetzbuch Italien, Holland, Norwegen, Schweizer Entwurf.

lichkeit“ [5]) des Verbrechers zu verwerfen. Die Gefährlichkeit ist nicht bestimmend für Strafschuld und Strafrecht, sondern für Polizeimaßnahmen.

Gemäß der Idee der Strafschuld sind die Polizeiübertretungen vom Strafrecht auszuscheiden; sie gehören nicht dem echten Strafrecht zu, da sie nicht auf Strafschuld beruhen.[6])

3. Man wird nach Ausscheidung des dem echten Strafrecht nicht zugehörigen Polizeiunrechts stets eine **dreifache** Gestaltung des Unrechts nach Maßgabe der Schuld mit ganz deutlichen Grenzmerkmalen unschwer finden können:

a) **Klasse I. Verbrechen.**

Strafhandlungen, die nach der subjektiven und nach der objektiven Seite sich als schwerste Friedensbrüche darstellen.

Hierunter gehören drei Gruppen von Straftaten. Erstens solche, die schon bei einmaliger Begehung den Täter als Verbrecher schwerster Verschuldung erweisen: Hochverrat, Landesverrat, überlegte vorsätzliche Tötung, überlegter Meineid, geplante Notzucht, geplanter Raub und Diebstahl, Münzfälschung, vorsätzliche Brandstiftung etc.

Dies ist die Grundgruppe der Verbrechen.

Die zweite Gruppe betrifft Verbrechen minder schwerer Art (die als vereinzelt begangene der Klasse II [Vergehen] zugehören würden), sofern die Umstände den verbrecherischen Hang des Täters dartun. Hierher gehören: schwerer Diebstahl (nicht im Sinne des Reichsstrafgesetzbuchs, das den schweren Diebstahl nach äußeren Momenten formal abgrenzt, sondern nach Maßgabe des Verschuldens), hochstaplerischer Betrug, gewohnheitsmäßige, gewerbsmäßige oder

---

[5]) E. Sichart, Strafensystem auf soziologischer Grundlage, Z. XVII, S. 374—389; S. 388: „Die Gedanken, die ich in einem künftigen . . . Reichsstrafgesetzbuche verwertet zu sehen wünschte, fasse ich in folgende Sätze zusammen:

Das Verbrechen ist ein soziales Übel, das in einer antisozialen und darum von der Staatsgewalt mit Strafe bedrohten Handlung besteht.

Die Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen ist eine künstliche, vom Zweckgedanken nicht gebotene, und verdient nicht, länger mehr im Gesetze beibehalten zu werden.

Die Strafe ist das (sozialpolitische) Mittel zur Bekämpfung des Verbrechens, bestimmt, dessen Wiederholung zu verhüten.

Maß der Strafe ist die Gefährlichkeit des Verbrechens (abstrakte Strafbarkeit) und die Gefährlichkeit des Verbrechers (konkrete Strafbarkeit).

Die Strafart wird durch die subjektive Gefährlichkeit bestimmt.“

[6]) Vgl. unten § 26.

rückfällige Verübung von Vermögensdelikten, gewohnheitsmäßig verübte Körperverletzung im Sinne des § 223a RStGB.s etc.

Diese zweite Gruppe besteht aus Straftaten, die nach der objektiven Seite, gemäß dem Erfolg, Vergehen bilden würden, aber zufolge eines erschwerenden Schuldmoments als Verbrechen erscheinen.

Die dritte Gruppe von Verbrechen betrifft Handlungen, die als solche straflos wären oder nur Vergehen bilden würden, aber zufolge Mißbrauchs der Amtsgewalt oder Verletzung der Amtspflicht sich als Amtsverbrechen darstellen. Hier besteht erhöhte Kriminalität, weil dem erhöhten Vertrauen höhere Pflichten entsprechen. Nicht „verstärkter Schutz" der Gesellschaft (nicht der polizeiliche Gedanke) wirkt die Pönalisierung, sondern die erhöhte Heiligung, die besondere Befriedung.

b) **Klasse II. Vergehen.**

Hier ergeben sich gleichfalls drei Gruppen. Die Grundgruppe bilden die Straftaten echter, aber minderschwerer Strafschuld. Hierher gehören jene Straftaten, die sowohl nach der subjektiven Seite der Verschuldung, wie auch nach der objektiven des Friedensbruchs (der Rechtsstörung, -verletzung, oder -beeinträchtigung) oder des Erfolgs sich als echte Straftaten minderschwerer Schuld darstellen: die einfachen Vermögensdelikte (einfacher Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, Untreue etc.), die überlegte Körperverletzung, die einfache Kuppelei, die Zuhälterei etc. Hierher gehören endlich die Gefährdungsdelikte, die mit gemeiner Gefahr verbunden sind.

Die zweite Gruppe besteht aus Verbrechen (im engeren Sinne) bei minderschwerer Schuld. Es sind dies jene Straftaten, die rein nach der objektiven Seite beurteilt als Verbrechen erscheinen würden, aber eine geringere Verschuldung aufweisen: Totschlag, in Verwirrung geleisteter Meineid, nicht geplante Notzucht; dann die Verbrechen im engeren Sinne (ausgenommen Hoch- und Landesverrat, Mord und Sprengstoffdelikt), sofern sie aus ehrenhafter Gesinnung erfolgen; ferner die Verbrechen im engeren Sinne, sofern sie fahrlässig begangen sind (soweit fahrlässige Begehung möglich ist).[7]) Zu dieser Gruppe kann man auch die Verbrechen im engeren

[7]) Die Graduierung der Fahrlässigkeit in leichte und schwere kommt nach geltendem Rechte nur als Strafzumessungsgrund in Betracht. Der Intensität der Schuld würde vielfach mehr Rechnung getragen werden, wenn zwischen grober und

Sinne zählen, sofern sie von Adoleszenten oder gemindert Schuldfähigen (gemindert Zurechnungsfähigen) begangen werden.

Die dritte Gruppe von Vergehen bilden jene Straftaten, die nach der objektiven Seite, mit Rücksicht auf die Rechtsverletzung oder -gefährdung, den Übertretungen zuzuzählen wären, aber intensivere Verschuldung aufweisen. Hierher gehört die fortgesetzte Tierquälerei, qualifizierter Bettel und Landstreicherei, Bettel und Landstreicherei im wiederholten Rückfall etc.; ferner Gefährdungsdelikte ohne Gemeingefahr, die mit Überlegung oder gewohnheitsmäßig verübt werden.

Endlich wäre als Vergehen zu bestrafen der untaugliche Versuch eines Verbrechens.

c) Klasse III. Übertretungen oder Verfehlungen.

Im Gegensatz zum heute geltenden Recht, das mit großer Willkür zu den Übertretungen teils reines Polizeiunrecht, teils echtes Strafrecht rechnet, muß das Polizeiunrecht aus dem Strafrecht überhaupt ausgeschieden werden. Die Tat des Schnellfahrers, des Straßenpissers, des Radfahrers ohne Laterne und ähnliche Übertretungen haben mit dem Strafrecht überhaupt nichts zu tun.

Hiernach verbleiben zwei Gruppen der Übertretungen. Die eine Gruppe bilden echte Straftaten leichtester Schuld, Verfehlungen, die nur milde Strafen heischen oder der bedingten Verurteilung zugehören. Der Umkreis dieser Taten ist nicht allzugroß. Hierher sind zu rechnen: die Entwendung (Mundraub und ähnliche Vermögensdelikte geringster Verschuldung); einfache Tierquälerei;[8]) ferner eine Reihe von Straftaten, die nach Reichsrecht ohne inneren Grund den Vergehen zugerechnet werden: Verfehlung nach § 166

---

leichter Fahrlässigkeit geschieden, jene dem dolus gleichgestellt würde. (Vgl. Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 424—427.) Andrerseits ist die Gliederung oft nur schwer durchzuführen.

Rosenberg, Die Dreiteilung der strafbaren Handlungen, Z. XXIV, S. 34, scheidet fahrlässige, grob fahrlässige, vorsätzliche, böswillige Handlungen.

Siehe auch oben, § 12, Ziff. 6.

[8]) Angesichts des häufigen Vorkommens der Tierquälerei, vornehmlich der Tierschinderei, erweist das Strafgesetz — wie in so vielen Fällen — die Haltlosigkeit der Abschreckungs-, Schutz- und anderer relativer Theorien. Mahnung und Belehrung erreichen oft weit mehr, als die Strafdrohung.

Zur Nachahmung empfiehlt sich die Mahnungstafel auf dem Wege von Samaden nach Dorf St. Moritz, vor dem steilen Moritzer Berg:

Schonet die Pferde!

Compassione verso i cavalli!

RStGB.,[9]) einfache vorsätzliche Sachbeschädigung, einfache Körperverletzung, furtum usus in jenen Fällen, die überhaupt Strafschuld darstellen (§ 290 RStGB.), unlauterer Wettbewerb,[10]) einfache Beleidigung, einfache Gefährdungsdelikte, — eine Reihe von Straftaten, die zwar nach geltendem Reichsrecht mit zum Teil höheren Freiheitsstrafen bedroht sind, aber in der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle mit mäßiger Geld- oder geringer Freiheitsstrafe gebüßt werden.

Bedeutsamer ist die zweite Gruppe. Sie betrifft jene Straftaten, die objektiv, nach der Tatseite, den Vergehen zuzurechnen wären, aber subjektiv eine wesentlich geringere Schuld aufweisen: Vergehen (im engeren Sinne), welche aus ehrenhafter Gesinnung begangen werden (ausgenommen Zweikampf; denn hier ist bei der Deliktsnormierung der Ehrenhaftigkeit der Gesinnung bereits Rechnung getragen); ferner Vergehen, sofern sie fahrlässig begangen

[9]) Das geltende Recht ist hier nach moderner Kulturauffassung zu hart. Beling will den § 166, 2. Alternative bezüglich der Bestrafung im wesentlichen der Beleidigung gleichstellen.

Beling, Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften, religiösen Einrichtungen und Gebräuchen, und die Reformbedürftigkeit des § 166 StGB., Festgabe für Dahn, III, Breslau 1905, S. 3—35; S. 32 f., Reformvorschlag:

„Wer vorsätzlich das religiöse Gefühl eines andern verletzt, wird mit Geldstrafe bis zu 600 ℳ oder mit Haft oder mit Gefängnis bis zu einem Jahre bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Nicht rechtswidrig ist ein Handeln dieser Art, wenn es nur der Ausdruck ernster religiöser Überzeugung ist; ingleichen handelt nicht rechtswidrig, wer in harmloser Weise Religiöses vermenschlicht."

Die einfachen Beleidigungen könnten aber im künftigen Strafgesetzbuch, ebenso wie der ganze § 166, den Übertretungen zugerechnet werden. Damit wäre die regelmäßige Schuld bei Handlungen dieser Art reichlich gesühnt. Mit dieser Maßgabe stimme ich dem Vorschlag Beling's völlig zu. Im letzten Absatz seines Gesetzentwurfs könnte auch wohl das Wort „religiöser" entfallen. Weshalb sollte die ernste wissenschaftliche Überzeugung hinter der religiösen zurückstehen?

[10]) Die Pönalisierung des unlauteren Wettbewerbs ist einer der Schlagschatten, die der in spontaner Entwicklung begriffene neuzeitliche Klassenstaat (vgl. über diesen mein System, Bd. II, S. 483—493, Bd. III, S. 79—81, 233—244, 270 f., Bd. IV, S. 293) wirft. Die Rechtsreaktion gegen unlauteren Wettbewerb ist ein im Rahmen des gemeinen Rechts zur Geltung gelangendes Disziplinarrecht. (Vgl. meine Entgeltung im Strafrechte, S. 213—217; mein System, Bd. II, S. 490; Bd. IV, S. 162 f.).

Das Klassenbewußtsein führt zur Bildung freier Wirtschaftsklassen, die als solche schon heute vereinzelt im Strafrecht anerkannt werden. So durch Pönalisierung des unlauteren Wettbewerbs, so in den Börsenehrengerichten gemäß § 10 des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896, so im Postulat der Pönalisierung des Schmiergelderunwesens gegenüber kaufmännischen und gewerblichen Angestellten.

werden, oder von Adoleszenten oder gemindert Schuldfähigen verübt sind.

Als Übertretung wäre schließlich noch der untaugliche Versuch eines Vergehens zu bestrafen.

4. Die Dreiteilung der Strafhandlungen ist innerlich gerechtfertigt, insofern sie die Schuld des Täters (wenigstens für die Mehrzahl der Fälle, soweit dies eben bei Generalisierung der Straftaten möglich ist) zum Ausdruck bringt. Die sub 3 gegebene Gliederung versucht, die Dreiteilung nach Maßgabe der Schuld zu veranschaulichen. Die Dreiteilung kann aber ihre volle Bedeutung als Ausdrucksmittel für die Schuld des Verbrechers nur dann gewinnen, wenn sie auch der Organisation der Strafgerichte sowie der Strafdrohung entspricht.

Die von mir postulierte Dreiteilung ist so gewählt, daß man ohne weiteres nach der heute in Deutschland bestehenden Gerichtsorganisation die Verbrechen dem Schwurgericht (Hochverrat gegen Kaiser und Reich, sowie Landesverrat allenfalls wie bisher dem Reichsgericht), die Vergehen den Strafkammern, die Übertretungen den Schöffengerichten zuweisen könnte (die Polizeiübertretungen hätten aus der strafgerichtlichen Kompetenz auszuscheiden).

Die Strafmittel und ihr Vollzug, sowie die Strafdrohung für die einzelnen Straftaten hingegen bedürfen gegenüber dem heute geltenden Recht weitreichender Reform. Die Strafdrohung muß dem Verschulden des Täters angepaßt werden. Die von mir unten (im Kap. VIII) fixierten Vorschläge bezielen eine Dreigliederung der Strafen gemäß dem Verschulden. So zwar, daß die Strafdrohung der Art nach sinnfällig zum Ausdruck bringt, ob schwere, mittlere oder leichte Strafschuld vorliegt.

Erst dann und nur dann, wenn Straftat, strafgerichtliche Kompetenz, drohende und erkannte Strafe nach den gleichen Gesichtspunkten abgestuft sind; erst dann und nur dann, wenn Grundlage der Abstufung die verbrecherische Persönlichkeit, die in der Tat geoffenbarte Schuld, bildet, ist die Dreiteilung der Straftaten gerecht und wertvoll. Dann wird aber auch evident, daß die Zweiteilung nicht ausreicht, um den möglichen wesentlichen Schulddivergenzen gerecht zu werden. Zwischen der schwersten Strafschuld, die den Verbrecher aus der Gemeinschaft dauernd oder auf längste Zeit ausstößt, und der leichten Verfehlung, die eben noch strafrechtlich belangt wird oder durch bedingte Verurteilung abgetan werden kann, liegt die breite Heeresstraße der Vergehen (i. e. S.).

der Durchschnittsverbrechen, der Handlungen echter Strafschuld, die ernstlich gebüßt wird, aber den Täter der Gesamtheit nicht verlustig werden läßt, der Gemeinschaft den Täter erhält.

§ 26. Das Polizeiunrecht. Gefährdungsdelikte.

I.[1]) 1. Die Geschichte des Polizeiunrechts erweist als Objekt der Polizeiordnungen vielfach die Aufrechterhaltung der äußeren Ordnung und guter Sitten. Es herrscht dort ein zensorischer Geist: Gotteslästerung, übermäßiges Trinken, Zutrinken, Kleiderluxus und ähnliches bilden die hauptsächlichen Mißstände, denen die Polizeistrafe entgegentritt. Je nach Sitte und Unsitte, je nach dem Herrschaftsbereich des Polizeigeistes ist der Umfang der Polizeiübertretungen in der Geschichte schwankend.[2]) Aber im wesentlichen sind es Zuwiderhandlungen gegen Ordnung und gute Sitte, die polizeilicher Ahndung verfallen.

[1]) Literatur über Polizeiunrecht: v. Bar, Handbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 347—352; Grimm, Deutsches Wörterbuch, Bd. 7, 1889, S. 1981 f. (Etym.); Heyne, Deutsches Wörterbuch, Bd. II, Leipzig 1892, S. 1180 (Etym.); Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, Leipzig 1895, S. 306—326 (Die Polizeistrafe); R. Frank, Studien zum Polizeistrafrechte, Gießen 1897; Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Heft 6, Mannheim 1897, S. 696—703; Art. „Polizeistrafrecht" in v. Stengel's Wörterbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, S. 273—278, Verf. Rosin; Guderian, Kriminelles und polizeiliches Unrecht, Z. Bd. XXI, S. 828—871; James Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage, Berlin 1902; Herm. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, München 1902, S. 25 f.; R. Frank, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 3./4. Aufl., Leipzig 1903, S. 479—482; Rotering, Polizeiliches Unrecht, Polizeigefahr, Z. XXIII, S. 352—395; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 168, 190, 202 f., 255—269, 273 f., 285 f., 478; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, I, S. 107; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 117 f.; Gg. Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 6. Aufl., herausg. von Anschütz, Leipzig 1905, S. 576 f.; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 7. Aufl., Bd. I, Noten 1—4 zu § 1; Dronke, Das Finanzstrafrecht, Z. XXVI, S. 632—676; Rotering, Die Gruppenbildung der Polizeiübertretungen, Z. XXVI, S. 719—779; Rotering, Polizeiunrecht und Königsbann, in H. Groß' Archiv, Bd. 25, Heft 1. 2, 1906, S. 111—130; Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, S. 90—94; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 26 f.

Vgl. auch die Literaturangaben in § 25, Note 1.

[2]) Vgl. über Geschichte des Polizeistrafrechts: J. Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, S. 70—116, 248—273, 317—333, 336—412, 435—482; Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Heft 6, S. 696—703. Siehe auch v. Bar, Handbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 347—352; Rotering, Polizeiunrecht und Königsbann in H. Groß' Archiv, Bd. 25, 1. 2. Heft, S. 111—125.

Sinne zählen, sofern sie von Adoleszenten oder gemindert Schuldfähigen (gemindert Zurechnungsfähigen) begangen werden.

Die dritte Gruppe von Vergehen bilden jene Straftaten, die nach der objektiven Seite, mit Rücksicht auf die Rechtsverletzung oder -gefährdung, den Übertretungen zuzuzählen wären, aber intensivere Verschuldung aufweisen. Hierher gehört die fortgesetzte Tierquälerei, qualifizierter Bettel und Landstreicherei, Bettel und Landstreicherei im wiederholten Rückfall etc.; ferner Gefährdungsdelikte ohne Gemeingefahr, die mit Überlegung oder gewohnheitsmäßig verübt werden.

Endlich wäre als Vergehen zu bestrafen der untaugliche Versuch eines Verbrechens.

c) Klasse III. Übertretungen oder Verfehlungen.

Im Gegensatz zum heute geltenden Recht, das mit großer Willkür zu den Übertretungen teils reines Polizeiunrecht, teils echtes Strafrecht rechnet, muß das Polizeiunrecht aus dem Strafrecht überhaupt ausgeschieden werden. Die Tat des Schnellfahrers, des Straßenpissers, des Radfahrers ohne Laterne und ähnliche Übertretungen haben mit dem Strafrecht überhaupt nichts zu tun.

Hiernach verbleiben zwei Gruppen der Übertretungen. Die eine Gruppe bilden echte Straftaten leichtester Schuld, Verfehlungen, die nur milde Strafen heischen oder der bedingten Verurteilung zugehören. Der Umkreis dieser Taten ist nicht allzugroß. Hierher sind zu rechnen: die Entwendung (Mundraub und ähnliche Vermögensdelikte geringster Verschuldung); einfache Tierquälerei;[8]) ferner eine Reihe von Straftaten, die nach Reichsrecht ohne inneren Grund den Vergehen zugerechnet werden: Verfehlung nach § 166

---

leichter Fahrlässigkeit geschieden, jene dem dolus gleichgestellt würde. (Vgl. Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 424—427.) Andrerseits ist die Gliederung oft nur schwer durchzuführen.

Rosenberg, Die Dreiteilung der strafbaren Handlungen, Z. XXIV, S. 34, scheidet fahrlässige, grob fahrlässige, vorsätzliche, böswillige Handlungen.

Siehe auch oben, § 12, Ziff. 6.

[8]) Angesichts des häufigen Vorkommens der Tierquälerei, vornehmlich der Tierschinderei, erweist das Strafgesetz — wie in so vielen Fällen — die Haltlosigkeit der Abschreckungs-, Schutz- und anderer relativer Theorien. Mahnung und Belehrung erreichen oft weit mehr, als die Strafdrohung.

Zur Nachahmung empfiehlt sich die Mahnungstafel auf dem Wege von Samaden nach Dorf St. Moritz, vor dem steilen Moritzer Berg:

Schonet die Pferde!

Compassione verso i cavalli!

RStGB.,[9]) einfache vorsätzliche Sachbeschädigung, einfache Körperverletzung, furtum usus in jenen Fällen, die überhaupt Strafschuld darstellen (§ 290 RStGB.), unlauterer Wettbewerb,[10]) einfache Beleidigung, einfache Gefährdungsdelikte, — eine Reihe von Straftaten, die zwar nach geltendem Reichsrecht mit zum Teil höheren Freiheitsstrafen bedroht sind, aber in der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle mit mäßiger Geld- oder geringer Freiheitsstrafe gebüßt werden.

Bedeutsamer ist die zweite Gruppe. Sie betrifft jene Straftaten, die objektiv, nach der Tatseite, den Vergehen zuzurechnen wären, aber subjektiv eine wesentlich geringere Schuld aufweisen: Vergehen (im engeren Sinne), welche aus ehrenhafter Gesinnung begangen werden (ausgenommen Zweikampf; denn hier ist bei der Deliktsnormierung der Ehrenhaftigkeit der Gesinnung bereits Rechnung getragen); ferner Vergehen, sofern sie fahrlässig begangen

[9]) Das geltende Recht ist hier nach moderner Kulturauffassung zu hart. Beling will den § 166, 2. Alternative bezüglich der Bestrafung im wesentlichen der Beleidigung gleichstellen.

Beling, Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften, religiösen Einrichtungen und Gebräuchen, und die Reformbedürftigkeit des § 166 StGB., Festgabe für Dahn, III, Breslau 1905, S. 3—35; S. 32 f., Reformvorschlag:

„Wer vorsätzlich das religiöse Gefühl eines andern verletzt, wird mit Geldstrafe bis zu 600 ℳ oder mit Haft oder mit Gefängnis bis zu einem Jahre bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Nicht rechtswidrig ist ein Handeln dieser Art, wenn es nur der Ausdruck ernster religiöser Überzeugung ist; ingleichen handelt nicht rechtswidrig, wer in harmloser Weise Religiöses vermenschlicht."

Die einfachen Beleidigungen könnten aber im künftigen Strafgesetzbuch, ebenso wie der ganze § 166, den Übertretungen zugerechnet werden. Damit wäre die regelmäßige Schuld bei Handlungen dieser Art reichlich gesühnt. Mit dieser Maßgabe stimme ich dem Vorschlag Beling's völlig zu. Im letzten Absatz seines Gesetzentwurfs könnte auch wohl das Wort „religiöser" entfallen. Weshalb sollte die ernste wissenschaftliche Überzeugung hinter der religiösen zurückstehen?

[10]) Die Pönalisierung des unlauteren Wettbewerbs ist einer der Schlagschatten, die der in spontaner Entwicklung begriffene neuzeitliche Klassenstaat (vgl. über diesen mein System, Bd. II, S. 483—493, Bd. III, S. 79—81, 233—244, 270 f., Bd. IV, S. 293) wirft. Die Rechtsreaktion gegen unlauteren Wettbewerb ist ein im Rahmen des gemeinen Rechts zur Geltung gelangendes Disziplinarrecht. (Vgl. meine Entgeltung im Strafrechte, S. 213—217; mein System, Bd. II, S. 490; Bd. IV, S. 162 f.).

Das Klassenbewußtsein führt zur Bildung freier Wirtschaftsklassen, die als solche schon heute vereinzelt im Strafrecht anerkannt werden. So durch Pönalisierung des unlauteren Wettbewerbs, so in den Börsenehrengerichten gemäß § 10 des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896, so im Postulat der Pönalisierung des Schmiergelderunwesens gegenüber kaufmännischen und gewerblichen Angestellten.

Sinne zählen, sofern sie von Adoleszenten oder gemindert Schuldfähigen (gemindert Zurechnungsfähigen) begangen werden.

Die dritte Gruppe von Vergehen bilden jene Straftaten, die nach der objektiven Seite, mit Rücksicht auf die Rechtsverletzung oder -gefährdung, den Übertretungen zuzuzählen wären, aber intensivere Verschuldung aufweisen. Hierher gehört die fortgesetzte Tierquälerei, qualifizierter Bettel und Landstreicherei, Bettel und Landstreicherei im wiederholten Rückfall etc.; ferner Gefährdungsdelikte ohne Gemeingefahr, die mit Überlegung oder gewohnheitsmäßig verübt werden.

Endlich wäre als Vergehen zu bestrafen der untaugliche Versuch eines Verbrechens.

c) Klasse III. Übertretungen oder Verfehlungen.

Im Gegensatz zum heute geltenden Recht, das mit großer Willkür zu den Übertretungen teils reines Polizeiunrecht, teils echtes Strafrecht rechnet, muß das Polizeiunrecht aus dem Strafrecht überhaupt ausgeschieden werden. Die Tat des Schnellfahrers, des Straßenpissers, des Radfahrers ohne Laterne und ähnliche Übertretungen haben mit dem Strafrecht überhaupt nichts zu tun.

Hiernach verbleiben zwei Gruppen der Übertretungen. Die eine Gruppe bilden echte Straftaten leichtester Schuld, Verfehlungen, die nur milde Strafen heischen oder der bedingten Verurteilung zugehören. Der Umkreis dieser Taten ist nicht allzugroß. Hierher sind zu rechnen: die Entwendung (Mundraub und ähnliche Vermögensdelikte geringster Verschuldung); einfache Tierquälerei;[8]) ferner eine Reihe von Straftaten, die nach Reichsrecht ohne inneren Grund den Vergehen zugerechnet werden: Verfehlung nach § 166

---

leichter Fahrlässigkeit geschieden, jene dem dolus gleichgestellt würde. (Vgl. Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 424—427.) Andrerseits ist die Gliederung oft nur schwer durchzuführen.

Rosenberg, Die Dreiteilung der strafbaren Handlungen, Z. XXIV, S. 34, scheidet fahrlässige, grob fahrlässige, vorsätzliche, böswillige Handlungen.

Siehe auch oben, § 12, Ziff. 6.

[8]) Angesichts des häufigen Vorkommens der Tierquälerei, vornehmlich der Tierschinderei, erweist das Strafgesetz — wie in so vielen Fällen — die Haltlosigkeit der Abschreckungs-, Schutz- und anderer relativer Theorien. Mahnung und Belehrung erreichen oft weit mehr, als die Strafdrohung.

Zur Nachahmung empfiehlt sich die Mahnungstafel auf dem Wege von Samaden nach Dorf St. Moritz, vor dem steilen Moritzer Berg:

Schonet die Pferde!

Compassione verso i cavalli!

RStGB.,[9]) einfache vorsätzliche Sachbeschädigung, einfache Körperverletzung, furtum usus in jenen Fällen, die überhaupt Strafschuld darstellen (§ 290 RStGB.), unlauterer Wettbewerb,[10]) einfache Beleidigung, einfache Gefährdungsdelikte, — eine Reihe von Straftaten, die zwar nach geltendem Reichsrecht mit zum Teil höheren Freiheitsstrafen bedroht sind, aber in der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle mit mäßiger Geld- oder geringer Freiheitsstrafe gebüßt werden.

Bedeutsamer ist die zweite Gruppe. Sie betrifft jene Straftaten, die objektiv, nach der Tatseite, den Vergehen zuzurechnen wären, aber subjektiv eine wesentlich geringere Schuld aufweisen: Vergehen (im engeren Sinne), welche aus ehrenhafter Gesinnung begangen werden (ausgenommen Zweikampf; denn hier ist bei der Deliktsnormierung der Ehrenhaftigkeit der Gesinnung bereits Rechnung getragen); ferner Vergehen, sofern sie fahrlässig begangen

---

[9]) Das geltende Recht ist hier nach moderner Kulturauffassung zu hart. Beling will den § 166, 2. Alternative bezüglich der Bestrafung im wesentlichen der Beleidigung gleichstellen.

Beling, Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften, religiösen Einrichtungen und Gebräuchen, und die Reformbedürftigkeit des § 166 StGB., Festgabe für Dahn, III, Breslau 1905, S. 3—35; S. 32 f., Reformvorschlag:

„Wer vorsätzlich das religiöse Gefühl eines andern verletzt, wird mit Geldstrafe bis zu 600 ℳ oder mit Haft oder mit Gefängnis bis zu einem Jahre bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Nicht rechtswidrig ist ein Handeln dieser Art, wenn es nur der Ausdruck ernster religiöser Überzeugung ist; ingleichen handelt nicht rechtswidrig, wer in harmloser Weise Religiöses vermenschlicht."

Die einfachen Beleidigungen könnten aber im künftigen Strafgesetzbuch, ebenso wie der ganze § 166, den Übertretungen zugerechnet werden. Damit wäre die regelmäßige Schuld bei Handlungen dieser Art reichlich gesühnt. Mit dieser Maßgabe stimme ich dem Vorschlag Beling's völlig zu. Im letzten Absatz seines Gesetzentwurfs könnte auch wohl das Wort „religiöser" entfallen. Weshalb sollte die ernste wissenschaftliche Überzeugung hinter der religiösen zurückstehen?

[10]) Die Pönalisierung des unlauteren Wettbewerbs ist einer der Schlagschatten, die der in spontaner Entwicklung begriffene neuzeitliche Klassenstaat (vgl. über diesen mein System, Bd. II, S. 483—493, Bd. III, S. 79—81, 233—244, 270 f., Bd. IV, S. 293) wirft. Die Rechtsreaktion gegen unlauteren Wettbewerb ist ein im Rahmen des gemeinen Rechts zur Geltung gelangendes Disziplinarrecht. (Vgl. meine Entgeltung im Strafrechte, S. 213—217; mein System, Bd. II, S. 490; Bd. IV, S. 162 f.).

Das Klassenbewußtsein führt zur Bildung freier Wirtschaftsklassen, die als solche schon heute vereinzelt im Strafrecht anerkannt werden. So durch Pönalisierung des unlauteren Wettbewerbs, so in den Börsenehrengerichten gemäß § 10 des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896, so im Postulat der Pönalisierung des Schmiergelderunwesens gegenüber kaufmännischen und gewerblichen Angestellten.

Sinne zählen, sofern sie von Adoleszenten oder gemindert Schuldfähigen (gemindert Zurechnungsfähigen) begangen werden.

Die dritte Gruppe von Vergehen bilden jene Straftaten, die nach der objektiven Seite, mit Rücksicht auf die Rechtsverletzung oder -gefährdung, den Übertretungen zuzuzählen wären, aber intensivere Verschuldung aufweisen. Hierher gehört die fortgesetzte Tierquälerei, qualifizierter Bettel und Landstreicherei, Bettel und Landstreicherei im wiederholten Rückfall etc.; ferner Gefährdungsdelikte ohne Gemeingefahr, die mit Überlegung oder gewohnheitsmäßig verübt werden.

Endlich wäre als Vergehen zu bestrafen der untaugliche Versuch eines Verbrechens.

c) Klasse III. Übertretungen oder Verfehlungen.

Im Gegensatz zum heute geltenden Recht, das mit großer Willkür zu den Übertretungen teils reines Polizeiunrecht, teils echtes Strafrecht rechnet, muß das Polizeiunrecht aus dem Strafrecht überhaupt ausgeschieden werden. Die Tat des Schnellfahrers, des Straßenpissers, des Radfahrers ohne Laterne und ähnliche Übertretungen haben mit dem Strafrecht überhaupt nichts zu tun.

Hiernach verbleiben zwei Gruppen der Übertretungen. Die eine Gruppe bilden echte Straftaten leichtester Schuld, Verfehlungen, die nur milde Strafen heischen oder der bedingten Verurteilung zugehören. Der Umkreis dieser Taten ist nicht allzugroß. Hierher sind zu rechnen: die Entwendung (Mundraub und ähnliche Vermögensdelikte geringster Verschuldung); einfache Tierquälerei;[8]) ferner eine Reihe von Straftaten, die nach Reichsrecht ohne inneren Grund den Vergehen zugerechnet werden: Verfehlung nach § 166

---

leichter Fahrlässigkeit geschieden, jene dem dolus gleichgestellt würde. (Vgl. Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 424—427.) Andrerseits ist die Gliederung oft nur schwer durchzuführen.

Rosenberg, Die Dreiteilung der strafbaren Handlungen, Z. XXIV, S. 34, scheidet fahrlässige, grob fahrlässige, vorsätzliche, böswillige Handlungen.

Siehe auch oben, § 12, Ziff. 6.

[8]) Angesichts des häufigen Vorkommens der Tierquälerei, vornehmlich der Tierschinderei, erweist das Strafgesetz — wie in so vielen Fällen — die Haltlosigkeit der Abschreckungs-, Schutz- und anderer relativer Theorien. Mahnung und Belehrung erreichen oft weit mehr, als die Strafdrohung.

Zur Nachahmung empfiehlt sich die Mahnungstafel auf dem Wege von Samaden nach Dorf St. Moritz, vor dem steilen Moritzer Berg:

Schonet die Pferde!

Compassione verso i cavalli!

RStGB.,[9]) einfache vorsätzliche Sachbeschädigung, einfache Körperverletzung, furtum usus in jenen Fällen, die überhaupt Strafschuld darstellen (§ 290 RStGB.), unlauterer Wettbewerb,[10]) einfache Beleidigung, einfache Gefährdungsdelikte, — eine Reihe von Straftaten, die zwar nach geltendem Reichsrecht mit zum Teil höheren Freiheitsstrafen bedroht sind, aber in der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle mit mäßiger Geld- oder geringer Freiheitsstrafe gebüßt werden.

Bedeutsamer ist die zweite Gruppe. Sie betrifft jene Straftaten, die objektiv, nach der Tatseite, den Vergehen zuzurechnen wären, aber subjektiv eine wesentlich geringere Schuld aufweisen: Vergehen (im engeren Sinne), welche aus ehrenhafter Gesinnung begangen werden (ausgenommen Zweikampf; denn hier ist bei der Deliktsnormierung der Ehrenhaftigkeit der Gesinnung bereits Rechnung getragen); ferner Vergehen, sofern sie fahrlässig begangen

[9]) Das geltende Recht ist hier nach moderner Kulturauffassung zu hart. Beling will den § 166, 2. Alternative bezüglich der Bestrafung im wesentlichen der Beleidigung gleichstellen.

Beling, Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften, religiösen Einrichtungen und Gebräuchen, und die Reformbedürftigkeit des § 166 StGB., Festgabe für Dahn, III, Breslau 1905, S. 3—35; S. 32 f., Reformvorschlag:

„Wer vorsätzlich das religiöse Gefühl eines andern verletzt, wird mit Geldstrafe bis zu 600 ℳ oder mit Haft oder mit Gefängnis bis zu einem Jahre bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Nicht rechtswidrig ist ein Handeln dieser Art, wenn es nur der Ausdruck ernster religiöser Überzeugung ist; ingleichen handelt nicht rechtswidrig, wer in harmloser Weise Religiöses vermenschlicht."

Die einfachen Beleidigungen könnten aber im künftigen Strafgesetzbuch, ebenso wie der ganze § 166, den Übertretungen zugerechnet werden. Damit wäre die regelmäßige Schuld bei Handlungen dieser Art reichlich gesühnt. Mit dieser Maßgabe stimme ich dem Vorschlag Beling's völlig zu. Im letzten Absatz seines Gesetzentwurfs könnte auch wohl das Wort „religiöser" entfallen. Weshalb sollte die ernste wissenschaftliche Überzeugung hinter der religiösen zurückstehen?

[10]) Die Pönalisierung des unlauteren Wettbewerbs ist einer der Schlagschatten, die der in spontaner Entwicklung begriffene neuzeitliche Klassenstaat (vgl. über diesen mein System, Bd. II, S. 483—493, Bd. III, S. 79—81, 233—244, 270 f., Bd. IV, S. 293) wirft. Die Rechtsreaktion gegen unlauteren Wettbewerb ist ein im Rahmen des gemeinen Rechts zur Geltung gelangendes Disziplinarrecht. (Vgl. meine Entgeltung im Strafrechte, S. 213—217; mein System, Bd. II, S. 490; Bd. IV, S. 162 f.).

Das Klassenbewußtsein führt zur Bildung freier Wirtschaftsklassen, die als solche schon heute vereinzelt im Strafrecht anerkannt werden. So durch Pönalisierung des unlauteren Wettbewerbs, so in den Börsenehrengerichten gemäß § 10 des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896, so im Postulat der Pönalisierung des Schmiergelderunwesens gegenüber kaufmännischen und gewerblichen Angestellten.

Sinne zählen, sofern sie von Adoleszenten oder gemindert Schuldfähigen (gemindert Zurechnungsfähigen) begangen werden.

Die dritte Gruppe von Vergehen bilden jene Straftaten, die nach der objektiven Seite, mit Rücksicht auf die Rechtsverletzung oder -gefährdung, den Übertretungen zuzuzählen wären, aber intensivere Verschuldung aufweisen. Hierher gehört die fortgesetzte Tierquälerei, qualifizierter Bettel und Landstreicherei, Bettel und Landstreicherei im wiederholten Rückfall etc.; ferner Gefährdungsdelikte ohne Gemeingefahr, die mit Überlegung oder gewohnheitsmäßig verübt werden.

Endlich wäre als Vergehen zu bestrafen der untaugliche Versuch eines Verbrechens.

c) Klasse III. Übertretungen oder Verfehlungen.

Im Gegensatz zum heute geltenden Recht, das mit großer Willkür zu den Übertretungen teils reines Polizeiunrecht, teils echtes Strafrecht rechnet, muß das Polizeiunrecht aus dem Strafrecht überhaupt ausgeschieden werden. Die Tat des Schnellfahrers, des Straßenpissers, des Radfahrers ohne Laterne und ähnliche Übertretungen haben mit dem Strafrecht überhaupt nichts zu tun.

Hiernach verbleiben zwei Gruppen der Übertretungen. Die eine Gruppe bilden echte Straftaten leichtester Schuld, Verfehlungen, die nur milde Strafen heischen oder der bedingten Verurteilung zugehören. Der Umkreis dieser Taten ist nicht allzugroß. Hierher sind zu rechnen: die Entwendung (Mundraub und ähnliche Vermögensdelikte geringster Verschuldung); einfache Tierquälerei;[8]) ferner eine Reihe von Straftaten, die nach Reichsrecht ohne inneren Grund den Vergehen zugerechnet werden: Verfehlung nach § 166

---

leichter Fahrlässigkeit geschieden, jene dem dolus gleichgestellt würde. (Vgl. Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 424—427.) Andrerseits ist die Gliederung oft nur schwer durchzuführen.

Rosenberg, Die Dreiteilung der strafbaren Handlungen, Z. XXIV, S. 34, scheidet fahrlässige, grob fahrlässige, vorsätzliche, böswillige Handlungen.

Siehe auch oben, § 12, Ziff. 6.

[8]) Angesichts des häufigen Vorkommens der Tierquälerei, vornehmlich der Tierschinderei, erweist das Strafgesetz — wie in so vielen Fällen — die Haltlosigkeit der Abschreckungs-, Schutz- und anderer relativer Theorien. Mahnung und Belehrung erreichen oft weit mehr, als die Strafdrohung.

Zur Nachahmung empfiehlt sich die Mahnungstafel auf dem Wege von Samaden nach Dorf St. Moritz, vor dem steilen Moritzer Berg:

Schonet die Pferde!

Compassione verso i cavalli!

RStGB.,[9]) einfache vorsätzliche Sachbeschädigung, einfache Körperverletzung, furtum usus in jenen Fällen, die überhaupt Strafschuld darstellen (§ 290 RStGB.), unlauterer Wettbewerb,[10]) einfache Beleidigung, einfache Gefährdungsdelikte, — eine Reihe von Straftaten, die zwar nach geltendem Reichsrecht mit zum Teil höheren Freiheitsstrafen bedroht sind, aber in der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle mit mäßiger Geld- oder geringer Freiheitsstrafe gebüßt werden.

Bedeutsamer ist die zweite Gruppe. Sie betrifft jene Straftaten, die objektiv, nach der Tatseite, den Vergehen zuzurechnen wären, aber subjektiv eine wesentlich geringere Schuld aufweisen: Vergehen (im engeren Sinne), welche aus ehrenhafter Gesinnung begangen werden (ausgenommen Zweikampf; denn hier ist bei der Deliktsnormierung der Ehrenhaftigkeit der Gesinnung bereits Rechnung getragen); ferner Vergehen, sofern sie fahrlässig begangen

[9]) Das geltende Recht ist hier nach moderner Kulturauffassung zu hart. Beling will den § 166, 2. Alternative bezüglich der Bestrafung im wesentlichen der Beleidigung gleichstellen.

Beling, Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften, religiösen Einrichtungen und Gebräuchen, und die Reformbedürftigkeit des § 166 StGB., Festgabe für Dahn, III, Breslau 1905, S. 3—35; S. 32 f., Reformvorschlag:

„Wer vorsätzlich das religiöse Gefühl eines andern verletzt, wird mit Geldstrafe bis zu 600 ℳ oder mit Haft oder mit Gefängnis bis zu einem Jahre bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Nicht rechtswidrig ist ein Handeln dieser Art, wenn es nur der Ausdruck ernster religiöser Überzeugung ist; ingleichen handelt nicht rechtswidrig, wer in harmloser Weise Religiöses vermenschlicht."

Die einfachen Beleidigungen könnten aber im künftigen Strafgesetzbuch, ebenso wie der ganze § 166, den Übertretungen zugerechnet werden. Damit wäre die regelmäßige Schuld bei Handlungen dieser Art reichlich gesühnt. Mit dieser Maßgabe stimme ich dem Vorschlag Beling's völlig zu. Im letzten Absatz seines Gesetzentwurfs könnte auch wohl das Wort „religiöser" entfallen. Weshalb sollte die ernste wissenschaftliche Überzeugung hinter der religiösen zurückstehen?

[10]) Die Pönalisierung des unlauteren Wettbewerbs ist einer der Schlagschatten, die der in spontaner Entwicklung begriffene neuzeitliche Klassenstaat (vgl. über diesen mein System, Bd. II, S. 483—493, Bd. III, S. 79—81, 233—244, 270 f., Bd. IV, S. 293) wirft. Die Rechtsreaktion gegen unlauteren Wettbewerb ist ein im Rahmen des gemeinen Rechts zur Geltung gelangendes Disziplinarrecht. (Vgl. meine Entgeltung im Strafrechte, S. 213—217; mein System, Bd. II, S. 490; Bd. IV, S. 162 f.).

Das Klassenbewußtsein führt zur Bildung freier Wirtschaftsklassen, die als solche schon heute vereinzelt im Strafrecht anerkannt werden. So durch Pönalisierung des unlauteren Wettbewerbs, so in den Börsenehrengerichten gemäß § 10 des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896, so im Postulat der Pönalisierung des Schmiergelderunwesens gegenüber kaufmännischen und gewerblichen Angestellten.

vermeidbare Härten für die schuldlos durch eine Präsumtion Getroffenen entstehen.

§ 28. Verbrechensmotive und Art der Motivation als Kennzeichen der Persönlichkeit. (Überlegung, Affekt.) Zur Psychologie der Massenverbrechen.

1. Die psychologische Vertiefung der Strafschuld hat die Bedeutsamkeit des Motivs[1]) der Straftat in den Vordergrund gerückt. Motiv[2]) ist das Zweckziel des Täters, sofern es als Vorstellung

[1]) Über Begriff und Bedeutsamkeit des Motivs:

A. Krauß, Die Psychologie des Verbrechens, Tübingen 1884; Stooß, Das Motiv im Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 9, 1896, S. 167—174; v. Liszt, Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik, Z. XVI, S. 483—510; Andreas Thomsen, Betrachtungen über ein Sammeln der verbrecherischen Motive nebst einem Vorschlag, das Motiv mit in das Strafurteil aufzunehmen, Z. XVII, S. 272—302; Oskar Kraus, Das Motiv, ebenda S. 467 bis 487: Sighele, Psychologie des Auflaufs und der Massenverbrechen, deutsch von Kurella, Dresden und Leipzig 1897, S. 40—106; H. Groß, Criminalpsychologie, in der 1. Aufl., S. 569—577 (Leidenschaft und Affekt); Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, Berlin 1900, S. 115—130; v. Lilienthal, Der Zweck als Straf- und Schuldmoment, Z. XX, S. 440—458; J. M. Baldwin, Das soziale und sittliche Leben, erklärt durch die seelische Entwicklung (Social and Ethical Interpretations in Mental Development, übersetzt von R. Ruedemann, bevorwortet von Paul Barth), Leipzig 1900; W. Mittermaier, Neuere Richtungen im Strafenwesen, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 14, 1901, S. 141—153; v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts, 2. Aufl.. 2. Abdr., Straßburg 1901, S. 143; M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, S. 40—71, 185—198; Andr. Thomsen, Untersuchungen über den Begriff des Verbrechensmotivs, München 1902; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 191, 321, 398 f.; 406—415, 433; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 121 f.; F. Carrel, An analysis of human motive, London 1905; Reinhold Stade, Der politische Verbrecher und seine Gefängnishaft, Leipzig 1905; W. A. Bonger, Criminalité et conditions économiques, Amsterdam 1905 (p. 5—307 Darstellung der Literatur; p. 311 sqq. eigene Ausführungen, hiebei überwiegen statistische Angaben); Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung, 2. Aufl., Heidelberg 1906, S. 12—105 (Die sozialen Ursachen des Verbrechens), S. 106—184 (Die individuellen Ursachen des Verbrechens).

Über Tarde siehe unten Ziff. 6 und Note 14.

[2]) Andr. Thomsen, Untersuchungen über den Begriff des Verbrechensmotivs, gibt eingehende Darlegungen.

Er kommt zu den Ergebnissen:

(S. 248) „Definition I. Die Motive eines Verbrechens (einer Handlung) sind die den Täter zu demselben (zu derselben) hinführenden Triebe, Charaktereigenschaften und Absichten." (S. 257) „Definition II. Motiv einer Handlung ist jedes Glied der Entwicklungskette eines Triebes oder einer Charaktereigenschaft bis an den Ausführungswillen dieser Handlung. . . . . Motiv eines Verbrechens ist jedes Glied der Entwicklungskette eines Triebes bezw. einer Charaktereigenschaft bis an den

auf die Handlung kausierend wirkt. Oder, kürzer: Motiv ist das Zweckziel des Täters als bestimmende Vorstellung.

2. Die neuzeitliche Forschung neigt (infolge der Betonung der Sozialgefährlichkeit des Verbrechers) dazu, die Bedeutung des Motivs und seiner Verwertbarkeit für die Strafrechtspolitik zu überschätzen.[3])

Hingegen ist aber fast jede bedeutsamere menschliche Handlung komplex motiviert, d. h. zu der herrschenden Motivvorstellung treten andere fördernd hinzu. Auch spielt, wie insbesondere Baldwin[4]) eingehend dargelegt hat, für die Motivierung das Unbewußte meist eine wichtige Beirolle. Wie in einem Bild zur Hauptgruppe oder Grundfarbe Nebenpartien hinzutreten, die — obschon im Verhältnis zum Hauptteil von untergeordneter Bedeutung — erst die Totalwirkung erzielen helfen, für diese unentbehrlich sind, so geht es meist mit der Motivkette der Handlung. Die motivierende Vorstellung hätte häufig nicht kausierende Kraft, träten nicht bewußte oder unterbewußte psychische Nebenmomente zu ihr hinzu.

Weiterhin aber läßt das Motiv als solches häufig keinen unmittelbaren Schluß auf die Qualität der verbrecherischen Persönlichkeit zu. Daß der Verbrecher aus Sinnlichkeit oder aus übergroßer Sinnlichkeit, aus Not, aus Gewinnsucht, aus Genußgier, aus Rohheit gehandelt hat, kann im einzelnen Fall seine Persönlichkeit ins richtige Licht setzen; dies braucht aber nicht der Fall zu sein. Das Motiv der Handlung kennzeichnet eben nicht als solches den Menschen, sondern nur, sofern es seinen Charakter erhellt. Soweit das Motiv die Persönlichkeit des Täters aufdeckt, kommt es für die strafrechtliche Würdigung der Tat bedeutsam in Betracht;[5]) weiter aber nicht.[6])

Tatbestand dieses Verbrechens." (S. 259 f.) „Definition III. Die Motive eines Verbrechens (einer Handlung) zerfallen in Urmotive und Zwischenmotive. Urmotive sind die den Täter zum Verbrechen (zur Handlung) bestimmenden Triebe bezw. Charaktereigenschaften. Zwischenmotive sind die von jenen Trieben bezw. Charaktereigenschaften bis an den Tatbestand des Verbrechens (bis an den Handlungswillen) hinüberleitenden Absichten. . . . Die Zwischenmotive einer Motivkette zerfallen in das psychische Motiv und die realen Motive. Das psychische Motiv ist die auf den psychischen Erfolg, auf die Befriedigung des Urmotivs gerichtete Absicht. Die realen Motive sind die auf die realen Erfolge gerichteten Absichten."

Vgl. ferner: v. Liszt, Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik, Z. XVI. S. 483—488.

[3]) So v. Liszt, Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik, Z. XVI, S. 488—494.

[4]) In seinem in Note 1 angeführten Werk. Vgl. dazu Berolzheimer, System, Bd. II, S. 460 f.

[5]) Man erinnere sich an die Meinwerke des alten Deutschen Rechts, in denen

3. Das geltende Strafrecht trägt dem Motiv bereits vielfach Rechnung. Und zwar in drei Beziehungen:

a) In manchen Fällen ist ein bestimmtes Zweckziel des Täters (als bestimmende Vorstellung) Schuldfaktor (Absichtsdelikte).[7])

b) In gewissen Fällen ist das Motiv des Eigennutzes Tatbestandsmerkmal. So bei der Hehlerei der §§ 258, 259 RStGB.

c) In manchen Fällen ist die sittliche Qualität des Motivs maßgebend für die Art der Bestrafung. Gemäß §§ 20 mit 81 ff. RStGB. darf gegenüber gewissen politischen Verbrechen auf Zuchthaus nur bei ehrlosem Motiv des Täters erkannt werden („wenn die Handlung aus einer ehrlosen Gesinnung entsprungen ist"), andernfalls tritt Festungshaft ein.

Politische Verbrechen und Vergehen sind in Auslieferungsverträgen meist eximiert.

4. Diese Fälle von Berücksichtigung des Motivs könnten eine Erweiterung, eine Generalisierung erfahren, sodaß die Bestrafung in höherem Maße, als seither, der Schuld angepaßt würde.

Und zwar nach zwei Richtungen:

a) Die sittliche Qualität des Motivs bestimmt schon heute vielfach das zuerkannte Strafmaß bei arbiträrer (relativ unbestimmter) Strafe. Rohheit und Grad der Rohheit, Gemeinheit der Gesinnung, Gewinnsucht, Maß der Rücksichtslosigkeit (luxuria, bei fahrlässigen Delikten) kommen für die Strafzumessung wesentlich in Betracht. Die sittliche Qualität des Motivs könnte und sollte aber allgemein nicht nur für das Maß,[8]) sondern auch für die Art der

---

sich nach der Rechtsanschauung jener Zeit eine besondere Niedrigkeit der Gesinnung kundgab, und an das Neidingswerk (níðingsverk) des nordischen Rechtes. Vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1892, S. 589 f., Bd. I, 2. Aufl., 1906, S. 211 f. (245 f., 248); R. Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte 4. Aufl., S. 74.

[6]) Die Bedeutung ist die: Die Schuld ist um so größer, je mehr sie Ausfluß der Persönlichkeit ist; um so geringer, je weniger sie sich als Ausfluß der Persönlichkeit darstellt.

Treffend: Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, S. 121 und sonst. Vgl. auch M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung, S. 189: „Die Schuld ist um so geringer, je stärker die Motive, um so schwerer, je schwächer die Motive sind."

[7]) Vgl. oben § 12, Ziff. 5.

[8]) So der Stooß'sche Entwurf: Art. 36: „Bei Bemessung der Strafe zieht der Richter namentlich auch die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters in Betracht." Art. 37: „Die Strafe kann gemildert werden: wenn der Schuldige das Verbrechen: aus edlen Beweggründen; in schwerer Bedrängnis; unter dem Eindruck einer Drohung oder des Befehles einer Person, von

Bestrafung in Betracht kommen, wenigstens vom Richter in Betracht gezogen werden dürfen.[9])

b) Die ehrenhafte Gesinnung des Täters erweist schlechthin eine geringere Strafschuld. Der Gesetzgeber sollte daher gemäß der hier minderen Strafschuld generell bestimmen: Ehrenhafte Gesinnung wandelt Verbrechen (ausgenommen — wegen der Schwere des Erfolgs — Hoch- und Landesverrat, Mord und Sprengstoffverbrechen; ausgenommen ferner den Zweikampf, weil hier die ehrenhafte Gesinnung schon bei Normierung des Verbrechenstatbestandes berücksichtigt ist) in Vergehen, Vergehen in Übertretungen. Bei ehrenhafter Gesinnung können Freiheitsstrafen in Festungen verbüßt werden.

Insbesondere gilt dies vom Meineid, der aus ehrenhaften Motiven, namentlich bei Pflichtenkollision, entstehen kann (Fall Leuß).

Erachtet man diesen Vorschlag als zu radikal oder als zu weitgehend, so sollte zumindest generell die Verbüßung der Freiheitsstrafen (nicht nur der Zuchthaus-, sondern auch der Gefängnisstrafe) in Festungen bei ehrenhafter Gesinnung des Täters zugelassen werden. Der Strafschuld muß die Strafart entsprechen.

5. Außer dem Motiv selbst kommt die Art der Motivation für die Qualität der Strafschuld mitbestimmend in Betracht: Überlegung,[10]) Affekt.

Die Art der Motivation ergibt oft einen Schluß auf die Per-

der er abhängig ist; in dem Wahne, er mache sich keiner strafbaren Handlung schuldig, begangen hat. Wenn er aufrichtige Reue über das Verbrechen betätigt hat. Wenn die Verjährungsfrist nahezu abgelaufen ist (Art. 44)."

Vgl. dazu: v. Lilienthal, Der Stooß'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Z. XV, S. 146—152 (S. 149: „‚mildernde Umstände' . . . . kennt der Entwurf nicht." S. 150: „Im Einzelnen ist vielleicht der Ausdruck aus ‚edlen' Beweggründen nicht ganz glücklich gewählt.")

[9]) v. Lilienthal kommt zu dem Ergebnisse, „daß der Gesetzgeber die Zwecke der Tat wenig, der Richter sie in weitem Umfange berücksichtigen soll". (Der Zweck als Straf- und Schuldmoment, Z. XX, S. 458).

Hiebei erwächst jedoch die Gefahr, daß die richterliche Tätigkeit an Stelle jener des Gesetzgebers tritt und daß, je nach der Besetzung des Gerichtes, weitgehende Verschiedenheit in der Rechtsprechung erfolgt, eine Rechtsunsicherheit eintritt, die sich schon heute bei der Strafzumessung vielfach ungünstig bemerkbar macht.

[10]) Vgl. Wachenfeld, Die Überlegung in unserem heutigen Mordbegriff, Diss., Hersfeld 1887; Alimena, La premeditazione in rapporto alla psicologia, al diritto, alla legislazione comparata, Torino 1887; Wachenfeld, Die Begriffe von Mord und Totschlag, Marburg 1890; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 415—420.

sönlichkeit des Täters. Das überlegte Verbrechen erweist in vielen Fällen den Täter als Verbrecher schwerer, der Affekt als Verbrecher leichterer Schuld.

Alimena stellt die Frage:[11]) „. . . Infatti, perchè tener tanto conto della premeditazione in alcuni reati e trascurarla in altri? Se è una circostanza aggravante, perchè non aggrava ogni reato? E se non lo è, perchè tenerne conto negli omicidî? È, forse, assurdo concepire un furto premeditato o uno stupro premeditato?"

Das Postulat, Überlegung und Affekt generell zu berücksichtigen, ist übrigens nicht neu. Es ist bereits im Strafgesetz Österreich 1852 anerkannt. Dort ist Qualifikationsgrund für Verbrechen im engeren Sinn (§ 1) die Überlegung (§ 43: „. . je reifer die Überlegung . ."), Milderungsgrund der Affekt (§ 46, lit. d eine „aus dem gewöhnlichen Menschengefühle entstandene heftige Gemütsbewegung"); die „heftige Gemütsbewegung" ist auch bei Vergehen und Übertretungen Milderungsgrund (§ 264 lit. e).

Gleichwohl erscheint die generelle Berücksichtigung der Überlegung als eines Strafschärfungs-, des Affekts als eines Strafmilderungsgrundes verfehlt. Zwar weist bei gewissen Verbrechen die Überlegung, das Planmäßige des Vorgehens, eine höhere Verschuldung des Täters auf, der Affekt eine mildere: Mord — Totschlag,[12]) geplanter Meineid — in Verwirrung geleisteter Meineid, geplante — nichtgeplante Notzucht.[13]) In anderen Fällen liegt die Sache aber gerade umgekehrt: der Raufbold greift weit leichter zum Messer, als der ruhige Bürger; der Mensch, der sich vom sozialen Durchschnitt weiter entfernt hat, wird rascher, leichter zum Verbrechen fortgerissen, als der Besonnene. Würde man den Affekt ganz allgemein privilegieren, die Überlegung generell zum Strafschärfungsgrund erheben, so müßte man häufig den Minderschuldigen

[11]) Alimena, La premeditazione, p. 114.

[12]) Wachenfeld tritt der Überlegung als dem Qualifikationsmoment des Mords gegenüber dem Totschlag entgegen, weil das positive Recht die Überlegung im allgemeinen nicht und nur beim Mord für bedeutungsvoll hält. (Die Überlegung S. 39—41; Die Begriffe von Mord und Totschlag, S. 289—296 und sonst.) Zugleich hebt Wachenfeld treffend hervor, daß die Angriffe gegen das Moment der Überlegung überhaupt als eines geeigneten Schuldqualifizierungsgrundes zum Teil der Berechtigung entbehren. (Die Überlegung, S. 36 f.; dort jedoch S. 37—39 über „die Schwierigkeit der Erkenntnis der Überlegung." In der Schrift Die Begriffe von Mord und Totschlag, S. 289—291, teilt Wachenfeld im wesentlichen die Bedenken gegen das Moment der Überlegung schlechthin.)

[13]) Vgl. oben § 25.

schwer, den schwerer Schuldigen relativ mild strafen. Überlegung und Affekt wirken eben nicht als solche strafmildernd und -schärfend, sondern nur soweit sie einen Rückschluß auf die verbrecherische Qualität des Handelnden ermöglichen. Deshalb erscheint es geboten, daß der Gesetzgeber ausdrücklich jene Strafhandlungen — über den Rahmen des heute geltenden Rechts hinaus — bezeichnet, bei denen die Überlegung, das Planmäßige, strafschärfend wirkt, der Affekt (Kindsmord, nach geltendem Recht; weshalb nicht auch die in ungewöhnlicher Aufregung erfolgte Abtreibung?!) strafmildernd.

6. Von besonderer Bedeutung ist, namentlich für Beurteilung der Massenverbrechen, die psychische Infektion, die Wirksamkeit der Nachahmung für die Motivbildung.[14]) Bahnbrechend ist hier die Forschung von G. Tarde.

Die Bedeutsamkeit der psychischen Infektion für die Massenverbrechen ruht darin, daß Menschen, die von Hause aus, nach ihrer ganzen Persönlichkeit, dem Verbrechen durchaus fremd stehen, durch Rädelsführer und durch die Gewalt der Masse sich zu den schwersten Verbrechen fortreißen lassen — mag es sich um eine Revolution handeln oder nur um die Erstürmung eines Rennplatzes bei Paris, mag ein oberbayerisches Haberfeldtreiben in Frage sein oder das Lynchen eines geilen Negers.

Die legislativpolitische Ausbeute, die sich aus der Erkenntnis der geringen Schuld des einzelnen Teilnehmers bei Massenverbrechen ergibt, ist jedoch gleich Null. Dem geringeren Verschulden tritt die objektive Gemeinschädlichkeit und -Gefahr des Erfolgs bei Massenverbrechen äquiparierend zur Seite.[15]) Die sittliche Beurteilung des einfachen Teilnehmers am Massenverbrechen trägt der besonderen Art der Motivation Rechnung, das Strafrecht muß den schweren Erfolg mitberücksichtigen. Das geltende Recht wird hier im wesentlichen bestehen bleiben müssen. Die Rädelsführer sind schon heute gemäß ihrer schweren Schuld mit höheren Strafen bedroht.

---

[14]) Vgl. Tarde, Les lois de l'imitation, II éd., Paris 1895; Tarde, La philosophie pénale, VIII. éd., Lyon-Paris 1904; Sighele, Psychologie des Auflaufs und der Massenverbrechen, übersetzt von Kurella, Dresden und Leipzig 1897; H. Groß, Criminalpsychologie, in der 1. Aufl., S. 566—569 (Nachahmungstrieb und Masse); Bonger, Criminalité et conditions économiques, p. 585—589 (L'imitation).

[15]) Vgl. oben § 8, Ziff. 3 ff.

§ 29. Echte Verbrecherqualität als Schulderhöhungsgrund. (Gewohnheits- und Gewerbsverbrecher. „Rückfällige". „Unverbesserliche".)

1. Das begangene Verbrechen ist regelmäßig geeignet, zugleich die Persönlichkeit, die verbrecherische Qualität des Verbrechers aufzuhellen. Je mehr der Einzelne sich dem sozialen Durchschnitt, dem Idealtypus des vir bonus, des Bürgers, wie er sein soll, nähert, desto mächtigere Einflüsse sind erforderlich, um ihn auf die Bahn des Verbrechens zu drängen. Umgekehrt, je mehr die Persönlichkeit des Einzelnen vom sozialen Normaltyp abweicht, desto leichter läßt er sich im einzelnen Fall zum Verbrechen (überhaupt, oder zu einer bestimmten Art von Verbrechen) bestimmen, fortreißen.

Ein Teil der Verbrecher steht nach ihrer ganzen Lebensbetätigung der Gemeinschaft feindlich gegenüber, steht außerhalb der Gemeinschaft. Es sind dies insbesondere jene, die ohne redlichen Beruf vom Verbrechen (Diebstahl, Raub etc.) leben: Die Hauptklasse der echten Verbrecher.[1])

Ob sich anthropologisch ein „echter Verbrechertyp" nachweisen läßt, sei dahingestellt und ist für Strafrechtsphilosophie und -wissenschaft belanglos. Die Tatsache besteht, daß ein Teil der Verbrecher sich schlechthin über die Schranken der Rechtsordnung, der Rechtsgemeinschaft hinwegsetzt.

Der echte Verbrecher wird von einer der jeweils herrschenden Kultur fremden, von dieser als minderwertig geurteilten Gefühlswelt

---

[1]) Treffend sagt Kohler, Verbrecher-Typen in Shakespeares Dramen, Berlin (1903), S. 2: „Der Verbrecher steht entweder innerhalb des sozialen Lebens, sodaß sein Denken und Treiben im Nährboden unserer bürgerlichen Gesellschaft haftet; und wo er sich von ihr entfernt, ist es ein Ringen, ein gewaltsames Losreißen von ihr. Nicht kann der Verbrecher die Gesellschaft, nicht ihr Freud und Leid, nicht ihre Liebe und ihren Haß verwinden. Das aber, was ihn zum Verbrechen treibt, ist eine übergroße Leidenschaft, der gegenüber es an entsprechenden Gegenmotiven fehlt und an der entsagenden Kraft und der Stärke des sittlichen Willens ....." S. 8: „In Gegensatz zu den bisherigen Typen tritt der Verbrecher, der nicht nebensächlich, sondern mit Grundsatz die Gebote der Menschheit mit Füßen tritt und auf einem Boden steht, der sich außerhalb der sozialen Weltordnung befindet... Das sind die Verbrecher der Gewissenlosigkeit, die Menschen der moral insanity." Siehe dazu a. a. O. S. 105.

Treffend sagt auch Tönnies, Das Verbrechen als soziale Erscheinung, in Braun's Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik, Bd. 8, 1895, S. 343: „Der gesamte Zustand des professionellen „Gauners" ist unmittelbarer Ausdruck seines sozialen Zustandes; ..."

beherrscht; er ist Zugehöriger einer früheren Kultur, einer überwundenen Kulturstufe.

Das von dem echten Verbrecher, dessen Persönlichkeit durch die Geneigtheit zur Verbrechensbegehung gekennzeichnet ist, begangene Verbrechen scheidet sich von der verbrecherischen Handlung anderer Straffälliger dadurch, daß beim echten Verbrecher der bestimmende Grund zur Verbrechensbegehung in der Persönlichkeit des Handelnden selbst liegt.

Für die gesetzgeberische Berücksichtigung der erhöhten Schuldqualität des echten Verbrechers erwachsen nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Denn das gewerbsmäßige Verbrechen und der gewerbsmäßige Verbrecher sind Begriffe, die sich — jedenfalls gemäß der extensiven Auslegung des Merkmals der Gewerbsmäßigkeit durch die Judikatur — nicht decken. Wegen „gewerbsmäßigen" Wuchers (§ 302 d RStGB.), gewerbsmäßiger Hehlerei (§ 260) oder Wilddieberei (§ 294) werden zahlreiche Personen gestraft, die nach ihrer psychologischen Gesamtstruktur noch in der Gesellschaft stehen. Umgekehrt kennt zwar nicht das Gesetz den Diebstahl, den Raub, den Bettel, die Erpressung als rechtswidrige Dauererwerbsquellen, wohl aber das Leben.

Der echte Verbrecher offenbart seine Natur regelmäßig durch die Zahl, namentlich aber durch die Art der begangenen Verbrechen und der Verbrechensbegehung.

2. Die Berücksichtigung der intensiveren verbrecherischen Qualität eines Teiles der Verbrecher hat bisher vorwiegend oder ausschließlich im Gedankenkreis der relativen Theorien und vornehmlich der soziologischen Schutztheorie Ausdruck gefunden.

Man scheidet je nach der „Sozialgefährlichkeit" den Gelegenheits- oder Augenblicksverbrecher von dem Gewohnheits- oder Zustandsverbrecher,[2]) und hebt als besonders sozialgefährliche

[2]) Literatur über Gewohnheits- und Gelegenheitsverbrecher: Wahlberg, Das gewohnheitsmäßige Verbrechen mit besonderer Rücksicht auf den Gewohnheitsdiebstahl, Ges. Schriften Bd. I, Wien 1875, S. 136—141; Wahlberg, Das Gelegenheitsverbrechen, Ges. Schriften Bd. III, Wien 1882, S. 55—70; v. Lilienthal, Beiträge zur Lehre von den Kollektivdelikten, Leipzig 1879; Kirn in v. Holtzendorff-v. Jagemann, Handbuch des Gefängniswesens, Bd. I, Hamburg 1888, S. 42 f. (Gelegenheitsverbrecher), 43 f. (Gewohnheitsverbrecher); Tönnies, Das Verbrechen als soziale Erscheinung, in Braun's Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik, Bd. 8, 1895, S. 338—341; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I S. 23, 32, 33, 35, 36, 375; v. Liszt, Lehrbuch, 14./15. Aufl., S. 71 f., 241 (über gewohnheitsmäßiges Verbrechen); Gutachten M. E. Mayer, Über die strafrechtliche Behandlung von Rückfall,

Klassen „die Rückfälligen“[3]) hervor, und die qualifiziert Rückfälligen, „die Unverbesserlichen“,[4]) die durch dauernde Einschließung oder

gewohnheitsmäßigem und gewerbsmäßigem Verbrechertum, Verh. des 28. Deutschen Juristentages, Bd. I, 1905, S. 145—200; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 332, 349 f.

[3]) Literatur über Rückfällige und über Rückfall: A. Gautier, De la récidive, Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, Bd. I, 1888, p. 15—38; Sichart, in v. Holtzendorff-v. Jagemann, Handbuch des Gefängniswesens, II. Bd., Hamburg 1888, S. 509 bis 527; Gutachten van Hamel über Rückfallsbekämpfung, IKV., Bd. I, Heft 2, S. 92—103; Gutachten Lucas, ebenda S. 104—108; v. Lilienthal und Harburger, IKV., I. Landesversammlung der Gruppe Deutsches Reich, S. 11 f.; E. Sichart, Die Bestrafung des Rückfalls nach deutschem Rechte, Z. Bd. X, S. 401—416; O. Köbner, Die Methode einer wissenschaftlichen Rückfallsstatistik, Z. XIII, S. 615—740; Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Heft III, 1895, S. 302—305; v. Lilienthal, Der Stooß'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Z. XV, S. 115—130; Gutachten Gg. v. Mayr, Garçon, Köbner, betreffend die Organisation der Rückfallsstatistik, IKV., Bd. V, 1896, S. 181—195; Tönnies, Das Verbrechen als soziale Erscheinung, in Braun's Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik, Bd. 8, 1895, S. 342 f.; E. Sichart, Strafensystem auf soziologischer Grundlage, Z. XVII, S. 389; Kahl, Die Reform des deutschen Strafrechts im Lichte evangelischer Sozialpolitik, Verh. des 14. evang.-soz. Kongresses, Göttingen 1903, S. 95, 111—113; v. Liszt, Die Zukunft des Strafrechtes, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. II, S. 17—21; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 379—382, 529—534; v. Liszt, Lehrbuch, 14./15. Aufl., S. 77, 246, 276; Kitzinger, Die IKV., 1905, S. 70—84 (Das Problem des Rückfalls); Foinitzky, Über die Tilgung der Rechtsfolgen des Rückfalls durch Verjährung, tätige Reue und gutes Betragen, IKV. XIII, S. 267—280; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 7. Aufl., Bd. II, S. 944—950, 973, 1024 f., 1059, 1445; Gutachten M. E. Mayer (siehe oben, Note 2); H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 310, 332—336.

[4]) Literatur über Unverbesserliche: Gutachten v. Lilienthal, Wie ist der Begriff der unverbesserlichen Gewohnheitsverbrecher im Gesetze zu bestimmen, und welche Maßregeln sind gegen diese Verbrecher zu empfehlen?, IKV. Bd. II, S. 64—75; Verhandlungen hierüber, IKV. Bd. II, S. 95—103; v. Lilienthal, Der Stooß'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Z. XV, S. 115—130; Mittelstädt, Die Unverbesserlichen, in den Jahrbüchern für Kriminalpolitik und innere Mission, Bd. I, Halle a/S. 1895, S. 28—39; Gennat, Die Unverbesserlichen und ihre Bestrafung, ebenda S. 40—80; R. Frank, Freiheitsstrafe, Deportation und Unschädlichmachung, ebenda S. 121—129; v. Bar, Probleme des Strafrechts, Festrede, Göttingen 1896, S. 9—12 (gegen die Scheidung der Gewohnheits- und Gelegenheits-, und gegen die Annahme der unverbesserlichen Verbrecher); Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, I, S. 23 f., 33, 35; Ernst Siefert, Über die unverbesserlichen Gewohnheitsverbrecher und die Mittel der Fürsorge zu ihrer Bekämpfung, Juristisch-psychiatrische Grenzfragen, herausg. von Finger, Hoche und Bresler, III. Bd., Heft 5, Halle a/S. 1905.

Über gewerbsmäßiges Verbrechertum: v. Liszt, Das gewerbsmäßige Verbrechen, Vortrag vom 13. Oktober 1900 (Z. XXI, 121), Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Bd. II, S. 308—330; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts I, S. 375; Gutachten

Deportation aus der Gesellschaft ausgeschlossen und hiedurch unschädlich gemacht werden sollen.

Das geltende Recht behandelt die Gewohnheits- oder die Gewerbsmäßigkeit der Strafhandlung in einzelnen Fällen als Strafschärfungsgrund.

Zugleich hat das Deutsche Reichsrecht dem Rückfall vereinzelt Rechnung getragen, bei gewissen Straftaten (wiederholter Rückfall bei Diebstahl, Betrug, Bettel, Hehlerei; einfacher Rückfall bei Raub). Die Formulierung der Rückfallsbestimmungen ist jedoch bei der Mehrzahl der Rückfallsdelikte so gehalten, daß sie ihre Erklärung nur aus dem Gesichtspunkte der Besserungstheorie (als Theorie der bürgerlichen oder rechtlichen, nicht der sittlichen Besserung) findet.

Auch Strafgesetz Österreich 1852, § 44, lit. a, b setzt als besonderen Erschwerungsgrund bei Verbrechen, wenn der Verbrecher dasselbe Verbrechen wiederholt *oder* wenn er wegen eines gleichen Verbrechens *gestraft* worden ist; gemäß § 263, lit. b ist erschwerender Umstand die Wiederholung der strafbaren Handlung auch dann, wenn der Täter wegen eines gleichen Vergehens oder einer gleichen Übertretung *schon gestraft worden ist.*[5]) Hier steht demnach gleichfalls die Besserungsidee im Vordergrund.

3. Im Strafrecht handelt es sich indes weder um Gefährlichkeit des Verbrechers, noch um Besserungsversuche gegenüber dem Verbrecher, sondern um Schuld und der Schuld entsprechende Strafe. Gleichwohl liegt der Verbrecherklassifikation in Gelegenheits-, Gewohnheitsverbrecher, Rückfällige und Unverbesserliche[6]) ein richtiger Gedanke in irrtümlicher Formulierung zu Grunde. Der richtige Kern ist der, daß die Intensität der Schuld ihren erschöpfenden Ausdruck nicht in der Tat als solcher findet, sondern erst und nur durch Mitberücksichtigung der verbrecherischen Qualität, der *Persönlichkeit* des Handelnden, aus der die Tat hervorgeht.[7]) In der Berücksich-

---

M. E. Mayer (siehe oben, Note 2); H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 332, 349 f.

[5]) Der Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund hat die Berücksichtigung des Rückfalls im allgemeinen „in das Gebiet der Strafzumessung verwiesen" (Motive, S. 110).

[6]) v. Liszt, Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik, Z. XVI, S. 516: „Die Einteilung in Augenblicksverbrecher einerseits, in besserungsfähige und unverbesserliche Zustandsverbrecher andererseits kann unmittelbar als Grundlage für den Neubau unseres Strafensystems verwendet werden."

[7]) v. Lilienthal, Beiträge zur Lehre von den Kollektivdelikten, Leipzig 1879,

tigung der Gewohnheitsmäßigkeit, der Gewerbsmäßigkeit und der Rückfälligkeit liegt ein Zurückgreifen auf die Idee der Pönalisierung.

Die Gewohnheits- und Gewerbsmäßigkeit, sowie die „Rückfälligkeit" erweisen oft, bei manchen, namentlich Vermögensdelikten, regelmäßig, den Täter als Verbrecher intensiver Schuld, als echten Verbrecher. Daher erscheint die Berücksichtigung dieser Schuld nicht durch Straferhöhung geboten, vielmehr in der Weise, daß die stärkere Verschuldung der Tat den Stempel der schwereren Untat aufdrückt.

Es erscheint deshalb angezeigt, daß gewisse Straftaten, die von Hause aus Vergehen sind, bei Rückfall oder Gewohnheits- oder Gewerbsmäßigkeit zu Verbrechen, gewisse Übertretungen im gleichen Fall zu Vergehen gestempelt werden, und daß bei Delikten, die schon an sich Verbrechen bilden, durch Gewohnheits-, Gewerbsmäßigkeit und Rückfälligkeit die Zulässigkeit der Deportationsstrafe begründet wird.

4. Den Postulaten der positiven Strafrechtsschule hinsichtlich der Gewohnheits-, Gewerbs-, der „rückfälligen" und der „unverbesserlichen" Verbrecher ist daher mit folgenden, nicht unerheblichen Modifikationen zuzustimmen:

a) Das Verbrechen erheischt und verdient eine qualitativ schwerere Bestrafung, sofern es intensivere Verschuldung erweist. Dies ist bei einem Teil der Gewohnheits-, Gewerbs-, der „rückfälligen" und „unverbesserlichen" Verbrecher der Fall; sofern nämlich das Verbrechen eine erhöhte verbrecherische Qualität der Persönlichkeit des Strafwürdigen dartut.

b) Die Bezeichnung der „Rückfälligen" und „Unverbesserlichen" entstammt dem Ideenkreis der relativen Theorien. Sie ist vom Standpunkte der Verschuldungsstrafe aus völlig unzutreffend. Die Beibehaltung der Bezeichnungen ist unschädlich, sofern der damit verbundene Sinn geändert wird. Dies ist der Fall, wenn die Rückfälligkeit und Unverbesserlichkeit nicht an die vorausgegangene Verbüßung von Strafen geknüpft wird, sondern an die bloße Verurteilung.[8])

S. 90 hebt (neben der Gefährlichkeit) den richtigen Gedanken der intensiveren Verschuldung bei Gewohnheitsmäßigkeit hervor.

[8]) Die von mir postulierte Fassung des Rückfalls auf Grund der Verurteilung, ohne Rücksicht auf die erfolgte Strafvollstreckung, ist vom RStGB. beim Bettel im Rückfall (§ 362, Abs. 2 RStGB.) schon heute gewählt.

An Stelle der Bezeichung „Unverbesserliche" empfiehlt sich der Ausdruck „qualifiziert Rückfällige".

Als Zeitdauer der Rückfallsbegründung erscheint eine fünfjährige Frist ausreichend.

c) Die Generalisierung der Gewohnheitsmäßigkeit, Gewerbsmäßigkeit, des Rückfalls und des qualifizierten Rückfalls als Strafschärfungsgründe erscheint nicht angezeigt. Denn der Umkreis der Strafhandlungen, bei denen jene Kriterien erhöhte Schuld, erhöhte verbrecherische Qualität des Täters erweisen, ist ein begrenzter, er betrifft vorwiegend die Vermögensdelikte, sodann die Strafhandlungen der Sozialparasiten (Bettel und Landstreicherei), ferner Gefährdungsdelikte. Daher erscheint es angezeigt, daß der Gesetzgeber jene Strafhandlungen ausdrücklich bezeichnet, bei denen Gewohnheits-, Gewerbsmäßigkeit-, rückfällige oder wiederholt rückfällige Begehung als Strafschärfungsgrund wirken.

d) Bezüglich der Art der Strafschärfung ist zu berücksichtigen, daß es sich um eine veränderte, erhöhte Art der Schuld handelt; demgemäß muß in der Pönalisierung der qualifizierten Schuld Rechnung getragen werden.

Daher ergibt sich das Postulat: Gewohnheitsmäßigkeit, Gewerbsmäßigkeit, Rückfall und qualifizierter Rückfall verändern bei gewissen Strafhandlungen den Charakter der Straftat und verwandeln demgemäß in Ansehung der besonders namhaft zu machenden Delikte die Übertretung in Vergehen, das Vergehen in Verbrechen;[9]) das einfache Verbrechen ist bei Vorliegen eines jener Qualifizierungsgründe mit zeitiger Deportationsstrafe zu bedrohen, das an sich deportationswürdige Verbrechen im Qualifizierungsfall mit lebenslänglicher Deportationsstrafe.[10])

e) In der mechanischen Festlegung der Strafschärfung, wie diese sub d postuliert wurde, liegt die Gefahr der Schablonisierung.[11]) Es erwächst daraus die Möglichkeit, daß in mehr oder minder zahlreichen Fällen die erhöhte Pönalisierung wirksam wird, ohne daß

[9]) Vgl. oben § 25.

[10]) Vgl. unten § 47.

[11]) Je äußerlicher und weniger dem konkreten Verschulden die Rückfallsbestimmungen angepaßt sind, desto ungerechter wirken sie. Das Muster eines Gesetzes, wie es nicht sein soll, ist hier der code pénal, p. I, t. 2 Art. 1 und 2. Hiernach tritt lebenslängliche Deportation nach verbüßter Strafe ein gegen jenen, der nach einer Verurteilung wegen Verbrechens zu größerer Strafe (sc. wenn die Strafe nicht nur c'elle de la dégradation civique ou du carcan war) irgendwann irgendwelches Verbrechen begeht, das mit gewissen schweren Strafen bedroht ist.

in concreto entsprechend schweres Verschulden vorliegt. Dieser Gefahr kann durch die Bestimmung begegnet werden, daß bei Vorliegen mildernder Umstände die Strafschärfung entfällt.[12])

§ 30. Mildernde Umstände. Geminderte Schuld der Gelegenheitsverbrecher.

[1])1. Völlige Beseitigung der mildernden Umstände „circonstances atténuantes" wird von den Vertretern der Wissenschaft überwiegend gefordert.[2])

Die „mildernden Umstände" sind ein Notbehelf der Gesetzgebungstechnik. Je vollkommener die Gesetzesfassung ist, desto entbehrlicher ist die Statuierung der mildernden Umstände. Wenn aber „die mildernden Umstände" entbehrt werden können, müssen sie auch fallen; denn durch sie wird die Strafmilderung dem Ermessen des Richters anheimgestellt, die das Gesetz von sich aus gemäß der geringeren Schuld bestimmen müßte.

Wenn die geminderte Schuldfähigkeit (geminderte Zurechnungsfähigkeit) generell berücksichtigt ist, die Verbrechenstatbestände und Strafen der Schuld angepaßt sind, den ehrenhaften Motiven Rechnung getragen, die bedingte Verurteilung zugelassen wird, dann sind die mildernden Umstände im allgemeinen entbehrlich und folgeweise prinzipiell abzuschaffen.

2. Die Beibehaltung rechtfertigt sich aber gegenüber den in § 29 in fine hervorgehobenen Strafschärfungen. Gegenüber jenen Strafschärfungen erwächst die Notwendigkeit, der Möglichkeit einer geringeren Verschuldung des Täters trotz Vorliegens des Qualifizierungsgrunds Rechnung zu tragen. Etwa durch die Bestimmung: Sind mildernde Umstände vorhanden, so werden Rückfall, Gewohnheitsmäßigkeit oder Gewerbsmäßigkeit[3]) der Begehung der Strafhandlung dem Täter nicht zugerechnet.

---

[12]) Vgl. unten § 30, Ziff. 2.

[1]) Über mildernde Umstände vgl.: Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Berlin, im Juli 1869, S. 111—114; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 515 f.; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 278; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 331 f., 339 f.

[2]) Gegner und Anhänger der mildernden Umstände siehe bei v. Liszt, Lehrbuch, S. 278, Note 6.

[3]) Auch bei der gewerbsmäßigen Verbrechensbegehung sind mildernde Umstände sehr wohl denkbar, insbesondere Unmöglichkeit, Arbeit oder anderen redlichen Erwerb zu finden.

Die Statuierung der mildernden Umstände erscheint auch gegenüber Amtsverbrechen[4]) geboten.

3. Der Gelegenheitsverbrecher[5]) ist Verbrecher geminderter Schuld.

Das Gelegenheitsverbrechen wird oft von Leuten begangen, deren Persönlichkeit durchaus nichtverbrecherisch ist.

Daher hat Wahlberg mit Recht die Forderung erhoben, daß das Gelegenheitsverbrechen nicht nur als Milderungsgrund behandelt, sondern als selbständiger Klassifikationsgrund der Verbrechen angesehen werden solle.[6])

Die Gelegenheit zum Verbrechen ist nach Strafgesetz Österreich 1852, § 46 lit. e, bei Verbrechen im engeren Sinne (§ 1) Strafmilderungsgrund.

Beim Gelegenheitsverbrechen ist die Untat überwiegend nicht Ausfluß der Persönlichkeit des Handelnden, sondern Ergebnis der Umstände. Die Persönlichkeit des Gelegenheitsverbrechers ist nicht eine rechts- und rechtskulturfeindliche, vielmehr wird der Gelegenheitsverbrecher nur infolge seiner Charakterschwäche schuldig.

Es empfiehlt sich deshalb, das Gelegenheitsverbrechen gesetzlich anzuerkennen. Und zwar in doppelter Hinsicht: Erstens dadurch, daß das Gelegenheitsverbrechen als Grund für die Setzung mildernder Umstände anerkannt wird. Mit der Rechtsfolge, daß mildernde Umstände das Verbrechen in ein Vergehen, das Vergehen in eine Übertretung wandeln. Zweitens dadurch, daß der Gesetzgeber bei Gelegenheitsverbrechen die bedingte Verurteilung schlechthin für zulässig erklärt.[7])

§ 31. Schuldstufen des Diebstahls.

[1])1. Der Diebstahl ist ein Delikt, das grundverschiedene Schuldintensität umfaßt.

---

[4]) Vgl. oben, § 25, S. 133.

[5]) Vgl. die Literaturangaben oben § 29, Note 2. Siehe auch Leo Tolstoi, Auferstehung, deutsch von Ilse Frapan und Wadim Tronin (Aus fremden Zungen, 9. Jahrg., 2. Bd., Stuttgart und Leipzig 1899), S. 849.

[6]) Das Gewohnheitsverbrechen, Ges. Schriften Bd. III, Wien 1882, S. 55—70, 67.

[7]) Vgl. unten § 51.

[1]) Literatur: Wahlberg, Das gewohnheitsmäßige Verbrechen mit besonderer Rücksicht auf den Gewohnheitsdiebstahl, Ges. Schriften Bd. I, Wien 1875, S. 136 bis 141; Binding, Die Normen, Bd. II, S. 539—559; Alimena, La premeditazione in rapporto alla psicologia, al diritto, alla legislazione comparata, Torino 1887, p. 114 sq.; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1892, S. 637—651 (Diebstahl,

Uralt ist die Differenzierung zwischen Diebstahl und Raub. Die Unterscheidung des Diebstahls vom gewaltsamen Raub findet sich schon im altindischen Recht.[2]) Raub ist das Verbrechen, das offen und mit Gewaltanwendung begangen wird, Diebstahl ist das Vermögensdelikt der Energielosen.

2. Das geltende Recht behandelt den Diebstahl zu schematisch, zu äußerlich, unter ungenügender Berücksichtigung des Grades der Verschuldung. Dies gilt in mehrfacher Beziehung.

a) Die geringe Verschuldung, die bei mannigfachem Diebstahl zu Tage tritt, wird durch Statuierung des Mundraubs nur unzureichend berücksichtigt. Es gibt außerdem zahlreiche Diebstähle, die ein nur geringes Maß der Verschuldung zum Ausdruck bringen. Dies gilt vom Diebstahl, wie von anderen verwandten Vermögensdelikten. Es empfiehlt sich daher eine Übertretung der Entwendung zu statuieren, etwa des Inhalts: Wegen Entwendung wird mit Haft oder Geldstrafe bestraft, wer rechtswidrig fremde Sachen in geringem Wert

Raub und Unterschlagung); Schlosky, Der Mundraub (Bennecke's strafrechtliche Abhandlungen, Heft 11), Breslau 1897; Frauenstädt, Das Gaunertum des Deutschen Mittelalters, Z. XVIII, S. 331—352; Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 733—780 (über furtum); J. Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, 4. Ausg. von A. Heusler und R. Hübner, Leipzig 1899, Bd. II, S. 192—194 (Raub), 194—204 (Diebstahl); H. Groß. Enzyklopädie der Kriminalistik, in H. Groß' Archiv, Bd. 6, 1901, Art. „Dienstboten. Diebstahl durch" (S. 20), „Geldschrank" (S. 32), „Helfer beim Diebstahl" (S. 39); Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Bes. Teil, 2. Aufl., Leipzig 1902, S. 253—315, 285—311; Julius Jolly, Das Altindische Strafrecht nach der Mitākṣarā, ZRV. Bd. 16, 1903, S. 144—155; Kohler, Das indische Strafrecht, ebenda. S. 195 f.; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 418 f.; Hans Groß, Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik, 4. Aufl., München 1904. Bd. II, S. 223—305; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 424—442; Kohler, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Leipzig 1905, S. 175—177; Kohler, Das chinesische Strafgesetzbuch, ZRV. Bd. 18, 1905, S. 185—208 (zum Teil über Raub); Das buddhistische Recht der Khmers in Kambodscha, ebenda, S. 348—350; Hans Schneider, Zwei Einbrecher (Der Pitaval der Gegenwart, herausg. von R. Frank, G. Roscher, H. Schmidt, Bd. III, Heft 1), Leipz. 1906; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 7. Aufl., Bd. II, Berlin 1906, S. 900—950; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 442—453 (Unterschlagung), 453—458 (Diebstahl), 459—465 (Die besonderen Arten des Diebstahls), 465—468 (Raub).

[2]) J. Jolly, Das altindische Strafrecht nach der Mitākṣarā, ZRV. Bd. 16, 1903, S. 144: „Das Wesen desselben (scil. des Diebstahls) hat Manu erklärt, wenn er sagt: ‚Gewalttat (Raub) ist es, wenn die Tat offen und mit Anwendung von Gewalt begangen wird, Diebstahl, wenn insgeheim, oder wenn sie nach der Begehung abgeleugnet wird.' (Manu 8, 332)." Siehe ferner Kohler, Das indische Strafrecht, ZRV. Bd. 16, S. 195.

oder unter Umständen, die ein geringes Verschulden erweisen, sich zueignet.

Durch diese Strafbestimmung wären der Mundraub in angemessener Weise erweitert, die Unterschlagung mit mildernden Umständen (in der Mehrzahl der Fälle) und der Gesindediebstahl gemäß § 247 RStGB. inbegriffen. Eine analoge Übertretung der „Schwindelei" könnte die Betrugsfälle geringster Verschuldung umfassen.

b) Die Scheidung des schweren Diebstahls gegenüber dem einfachen ist nach Reichsrecht an äußerliche Kriterien geknüpft.[3]) Der internationale Gauner, der im Gedränge des Rennplatzes oder im Geschiebe bei der Eisenbahn, etwa im Seitengang des D-Zuges, Portefeuilles plündert, ist weit schuldiger, als mancher arme Teufel, dessen Straftat sich nach der Schablone als schwerer Diebstahl darstellt.

Die verschiedenen Arten des qualifizierten Diebstahls müssen in weit höherem Maße, als bisher, der Schuld des Täters, der in der Straftat sich offenbarenden verbrecherischen Persönlichkeit angepaßt werden, soll das Recht im Einklang bleiben mit den Anforderungen der Gerechtigkeit. Der schwere Diebstahl des § 243 RStGB. könnte durch eine Bestimmung ersetzt werden, des Inhalts: Wegen schweren Diebstahls wird mit Zuchthaus bestraft, wer einen Diebstahl unter Umständen begeht, die eine besonders schwere Schuld des Täters erweisen, ferner wer gewohnheits- oder gewerbsmäßig oder rückfällig stiehlt.[4])[5])

In analoger Weise könnten die Verbrechen der schweren Unterschlagung, des schweren Betrugs und der schweren Erpressung statuiert werden. —

Andrerseits sind beim Raub Fälle möglich, bei denen der Täter zwar formell alle Kriterien der §§ 249 ff. erfüllt, aber kein zuchthauswürdiges Verschulden aufweist; so beim Raub, der aus Not und mit der Absicht, nur das zur Abwendung der Not Erforderliche zu erlangen, begangen wird. Dem geringeren Verschulden könnte hier Rechnung getragen werden durch die Bestimmung: Der Raub wird

[3]) § 201 des Entwurfs zum Preuß. Strafgesetzbuch von 1851 entspricht dem § 243 des Reichsstrafgesetzbuches. In den Motiven zum Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preuß. Staaten, Berlin 1851, zu § 201, S. 54, heißt es — ebenso lakonisch als unzutreffend: „. . . Die Kasuistik dieses Paragraphen ist nicht zu vermeiden gewesen."

[4]) Der Begriff des Diebstahls wird in der Strafdrohung wegen einfachen Diebstahls bestimmt.

[5]) Ueber mildernde Umstände vgl. oben §§ 29 und 30.

als einfacher Diebstahl gestraft, wenn nur ein geringer Grad von Schuld vorliegt.

§ 32. Die Strafschuld bei Bettel und Landstreicherei.

[1])1. Bettel ist die Bitte um Almosen an Personen, denen

---

[1]) Literatur: Avé-Lallemant, Das Deutsche Gaunertum, 1. Teil, Leipzig 1858, S. 36—116; v. Öttingen, Die Moralstatistik, 3. Aufl., Erlangen 1882, S. 416—437; R. v. Hippel, Die korrektionelle Nachhaft (Abh. des krim. Sem. zu Marburg Bd. I, Heft 3), Freiburg i. B., 1889; E. Sichart, Bestrafung des Bettels und der Landstreicherei, Z. XIII, S. 1—16; v. Massow, Der Kampf gegen die Wanderbettelei in Deutschland und seine gegenwärtige Lage, in den Jahrbüchern für Kriminalpolitik und innere Mission, Bd. I, Halle a/S. 1895, S. 297—309; Rotering, Die negative Arbeit, Z. XVI, S. 198—223; P. Frauenstädt, Bettel- und Vagabundenwesen in Schlesien vom 16. bis 18. Jahrhundert, Z. XVII, S. 712—736; Loewenstimm, Das Bettel-Gewerbe, Z. XX, S. 101—154; Bonhoeffer, Ein Beitrag zur Kenntnis des großstädtischen Bettel- und Vagabondentums, Z. XXI, S. 1—65; E. Löning, Abschnitt „Armenwesen", in v. Schönberg's Handbuch der Politischen Ökonomie, III. Bd., 2. Halbbd., 4. Aufl. Tübingen 1898, S. 395—470; Art. „Armenwesen" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 2. Aufl., Bd. I (Einleitung, S. 1052—1056, Verf. Aschrott; Geschichte der öffentlichen Armenpflege, S. 1056—1076, Verf. Uhlhorn; Die Armengesetzgebung in den einzelnen Staaten, S. 1076—1180, Verf. Krech, v. Call, Singer, Münsterberg, Scharling, Aschrott, Falkenburg, Morgenstierne, Peabody); R. v. Hippel, Zur Vagabundenfrage, Berlin 1902; Olshausen, Geschichte des Bettelwesens, in Schmoller's Jahrbuch Bd. 26, 1902, S. 1515—1551; Else Conrad, Vagabundieren mit Vagabunden, in H. Groß' Archiv Bd. 8, 1902, S. 129—165; H. Ostwald, Die Bekämpfung der Landstreicherei, Stuttgart 1903; Tramping with Tramps, von Josiah Flynt Willard, übersetzt von Lili du Bois-Reymond, Z. XXIV, S. 129—147; Rotering, Das Landstreichertum seit den Kreuzzügen, ebenda S. 572—590; Wilmans, Das Landstreichertum, seine Abhilfe und Bekämpfung, ebenda S. 605—620; Hans Groß, Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik, 4. Aufl., München 1904 (Bd. I, S. 400 bis 424, über Zigeuner), Bd. II, S. 321—332; Rotering, Das Landstreichertum im früheren Mittelalter, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. I, 1904, S. 223—236; Kitzinger, Die IKV., S. 122—127 (Bekämpfung von Bettel und Landstreicherei); W. A. Bonger, Criminalité et conditions économiques, Amsterdam 1905, p. 602—618 (vagabondage et mendicité). Vgl. auch E. Löning, Armenwesen, in v. Schönberg's Handbuch der Politischen Ökonomie, 4. Aufl., III. Bd., 2. Halbbd., Tübingen 1898, S. 395—470; R. Frank, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 3./4. Aufl., Noten III und IV zu § 361; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 490—495 und die Literaturangaben dort S. 481 f.; W. Roscher, System der Armenpflege und Armenpolitik, 3. Aufl., ergänzt von Klumker, Stuttgart und Berlin 1906; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 7. Aufl., Bd. II, S. 1433, 1436—1438, 1443—1447 (über Bettel), S. 1433, 1435 f., 1443—1447 (über Landstreicherei); Rotering, Das Landstreichertum der Gegenwart, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. III, Heft 4, 1906, S. 193—210; Hans Ostwald, Landstreicher (Die Kultur, herausg. von Gurlitt, Bd. 8),

nicht einmal eine moralische Verpflichtung zur Unterstützung obliegt.[2])

Landstreicherei ist gewerbs- oder gewohnheitsmäßiges Umherziehen von Ort zu Ort ohne eigene Mittel und ohne eigenen Erwerb, mithin unter Ausbeutung Dritter.[3])

2. Als wesentlicher Grund der Bestrafung von Bettel und Landstreicherei wird meist die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit

---

Berlin (1906), [rein deskriptiv]; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 650 f. (Landstreichen), 651 f. (Betteln).

Besonders hervorzuheben sind: R. v. Hippel, Die strafrechtliche Bekämpfung von Bettel, Landstreicherei und Arbeitsscheu, Berlin 1895; R. v. Hippel, Abschnitt „Bettel, Landstreicherei und Arbeitsscheu", in der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Vorarbeiten zur Deutschen Strafrechtsreform, Bes. Teil, Bd. II, Berlin 1906, S. 107—240.

[2]) Koehne, Z. IX, S. 294. Anschließend Sichart, Bestrafung des Bettels und der Landstreicherei, Z. XIII, S. 9. Ähnlich v. Hippel, Die strafrechtliche Bekämpfung von Bettel, Landstreicherei und Arbeitsscheu, S. 9 f.: „Betteln bedeutet die Bitte um ein Almosen, d. h. ... die Bitte um Gewährung eines Geschenkes an eine dem Schenker fremde, wirklich oder angeblich hilfsbedürftige Person." Im wesentlichen übereinstimmend: R. Frank, Kommentar, IV, zu § 361 Nr. 4: „Betteln ... die an einen Fremden wegen wirklicher oder angeblicher Bedürftigkeit gerichtete Bitte um eine in Geld oder geldwerten Sachen bestehende nicht vorher angebotene Unterstützung im Interesse des Bittenden selbst oder einer Person, für deren Unterhalt er zu sorgen hat." Ebenso v. Liszt, Lehrbuch, 14./15. Aufl., S. 625. — Wenig glücklich erscheint die Aufnahme des Kriteriums „das .. den Regeln des Verkehrs widersprechende Ansuchen ..." So Rotering, Die negative Arbeit, Z. XVI, S. 211. Verwandt Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 7. Aufl., Note a zu § 361, Ziff. 4: „... falls nicht dieses Angehen (scil. um Almosen) ... aus besonderen Gründen als ein den Regeln des Verkehrs entsprechendes erscheint."

[3]) v. Hippel, Die strafrechtliche Bekämpfung von Bettel, Landstreicherei und Arbeitsscheu, S. 7 f., nimmt das Kriterium der Gewerbsmäßigkeit an (S. 8: „Landstreicherei ist gewerbsmäßiger Bettel im Umherziehen"); Binding, Lehrbuch, 2. Aufl., Bd. II, S. 922 f., die Gewohnheitsmäßigkeit (jedoch betont Binding treffend, daß der Landstreicher sein Leben auf der Wanderschaft bestreiten will nicht „aus eigenen oder ihm dafür von Dritten rechtsgeschäftlich zur Verfügung gestellten Mitteln, sondern auf Kosten des Landes, das er durchfährt oder seither durchfahren hat"). Olshausen-Zweigert, Kommentar zum RStGB. Bd. II, S. 1436, Note c zu § 361 Nr. 3, hält das Zusammentreffen der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit für erforderlich.

Die Annahme des Zusammentreffens beider Momente liegt auch der Definition von Frank, Kommentar, III, zu § 361, Nr. 3 zu Grunde („Der Landstreicherei macht sich schuldig, wer ohne legalen Zweck unter Wechsel des Nachtquartiers und auf Kosten Anderer lebend von Ort zu Ort wandert."); desgleichen jener v. Liszt's, Lehrbuch, S. 625 („Das Wesen der Landstreicherei besteht in dem bettelnden Umherwandern von Ort zu Ort."). Nach H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch, 6. Aufl., S. 651, ist der Besitz oder Nichtbesitz von Geld für den Begriff der Landstreicherei irrelevant. Vgl. die Literaturangaben über die Frage dort S. 651, Note 20.

durch arbeits- und mittellose Leute, die im Land umherziehen (Landstreicherei) oder unter Mißbrauch fremder Mildtätigkeit leben (Bettel), bezeichnet.[4]) Damit wird der Pönalisierungsgrund nicht treffend, noch weniger erschöpfend zum Ausdruck gebracht. Die überwiegende Menge der Bettler und Landstreicher gefährdet die öffentliche Sicherheit nicht. Der Pönalisierungsgrund bestätigt vielmehr die Richtigkeit des von mir aufgestellten Prinzips: Arbeitsscheu ist an sich ein Laster, das als solches, ebenso wie Laster überhaupt, weder strafwürdig ist, noch gestraft wird. Der Mensch, der aus Arbeitsscheu von fremder Mildtätigkeit lebt, der die Gutherzigkeit anderer ausbeutet, der Sozialparasit, erscheint als minderwertig, als abweichend in malam partem vom Durchschnittsbürger, als Rückschlag in eine frühere, minderwerte Kultur, und darum wird er gestraft, sobald er seine parasitäre Natur durch rechtlich relevante Handlungen offenbart.

Nicht Bettel oder Landstreicherei als solche sind strafwürdig, sondern nur soweit sie sich als Betätigung der Ausbeutung Anderer seitens des Arbeitsscheuen erweisen. Dieser Pönalisierungsgrund tritt in fremden Strafgesetzgebungen schärfer hervor, als in der deutschen. So ist nach französischem Recht strafbarer Bettel nicht schlechthin das Angehen fremder Mildtätigkeit, sondern die Inanspruchnahme fremder Mildtätigkeit trotz Vorhandenseins staatlicher Armenpflegen (also ohne Not!) und der (in gewisser Weise) qualifizierte Bettel.[5]) Auch der schweizerische Entwurf der Expertenkommission, Art. 249 Abs. II, pönalisiert den Bettel (und das Ausschicken von Kindern und anvertrauten Personen zum Bettel) nur, soweit die Tat aus Arbeitsscheu oder Habsucht erfolgt.

Bei der Landstreicherei statuieren manche fremde Rechte als Tatbestandsmerkmal gleichfalls das Motiv der Arbeitsscheu.

3. Mit Recht wird die Reformbedürftigkeit der Haftstrafen

---

[4]) Sichart, Bestrafung des Bettels und der Landstreicherei, Z. XIII, S. 10. Rotering, Die negative Arbeit, Z. XVI, S. 204: „Das Landstreichen ist ein Delikt wider die wirtschaftliche Ordnung. Es soll damit nicht die letztere als Rechtsgut und Objekt des strafbaren Angriffes bezeichnet, sondern nur angedeutet werden, daß sich diejenigen Rechtsgüter, zu deren Schutz die Norm erlassen ist, schlechterdings nicht aufzählen lassen. ... Mit Recht bezeichnet deshalb Binding das Landstreichen als eines der ‚Erzeugnisse gesetzgeberischer Massenmotive'." S. 213: „Ist nun auch das Betteln ein Belästigungsdelikt, so ist es doch nicht minder als das Landstreichen ein Erzeugnis gesetzgeberischer Massenmotive. Denn es disponiert zu diesem, zum strafbaren Müßiggange und damit zu den ungezählten Übeltaten in seinem Gefolge, ‚junge Bettler, alte Diebe'."

[5]) Siehe meine Entgeltung im Strafrechte, S. 490.

gegen Bettel bejaht, insbesonders die Beschäftigungslosigkeit der Häftlinge als größter Übelstand hervorgehoben.[6]) Die Strafschuld bei Bettel und Landstreicherei beruht auf der rechtlich relevanten (durch Ausbeutung Anderer betätigten) Arbeitsscheu. Der Bettler will auf fremde Kosten leben. Er erreicht dies 1. indem er bettelt, 2. indem er zur Strafe ohne Arbeitszwang in der Haft auf Staatskosten lebt!, wobei er freilich den gewohnten Schnaps entbehren muß.

Legislativpolitisch ist zu sagen:

Der Bettel aus Not könnte straflos gelassen werden; jedenfalls eignet er sich zur bedingten Verurteilung.

Bettel und Landstreicherei aus Arbeitsscheu werden meist von Leuten begangen, die psychisch minderwertig sind, denen gegenüber daher schon aus diesem Grunde die ordentliche Gefängnis- oder Haftstrafe nicht am Platze ist.

Bei echtem Bettel, d. h. Bettel aus Arbeitsscheu, namentlich: Bettel im Rückfall (bei dem die Arbeitsscheu widerleglich zu präsumieren ist[7])), gewohnheits- und gewerbsmäßigem Bettel, ebenso bei echter (fortgesetzter) Landstreicherei erscheint daher als Strafe und zwar als Hauptstrafe das Arbeitshaus[8]) angezeigt, — ein Postulat, das v. Hippel aufgestellt und treffend begründet hat.[9]) Gerade weil es sich bei echtem Bettel und echter Landstreicherei — Bettel und Landstreicherei aus Arbeitsscheu — meist um Fälle

---

[6]) Sichart, Bestrafung des Bettels und der Landstreicherei, Z. XIII, S. 5.

[7]) Vgl. oben § 27.

[8]) Literatur über Arbeitshaus: Sichart, in v. Holtzendorff-v. Jagemann, Handbuch des Gefängniswesens, Bd. II, Hamburg 1888, S. 265—278; Krohne, Lehrbuch der Gefängniskunde, Stuttgart 1889, S. 512—517; Ludw. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts, III. Abt., 1. Hälfte, Erlangen 1895, S. 595—639; v. Hippel, Die strafrechtliche Bekämpfung von Bettel, Landstreicherei und Arbeitsscheu, S. 127—248; v. Hippel, Thesen zur Frage: Erscheinen die Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuchs über die korrektionelle Nachhaft reformbedürftig?, IKV. Bd. V, 1896, S. 379 bis 381; Binding, Grundriß, 6. Aufl., S. 218 f.; Frank, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 3./4. Aufl., S. 497—499; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 493 f.; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 77, 267; W. Roscher, System der Armenpflege und Armenpolitik, 3. Aufl., ergänzt von Klumker, S. 230—242; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 7. Aufl., Noten 2—5 zu § 362; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 308—310.

[9]) Die strafrechtliche Bekämpfung von Bettel, Landstreicherei und Arbeitsscheu, insbesondere S. 210 ff.

geistiger Minderwertigkeit handelt, um psychopathologische Menschen, die noch innerhalb der Verantwortlichkeit stehen, ist hier eine Strafart angemessen, die zugleich auf den Charakter einwirkt, nicht reine Strafe bildet, sondern ein Mittelding zwischen Strafe und Polizeimaßregel darstellt.

Als prinzipieller Fehler der Arbeitshäuser wird bezeichnet, daß in diesen bei Behandlung der Detenten der Hauptnachdruck auf die Besserung der Insassen gerichtet werde, indes deren Mehrzahl inkorrigibel sei.[10]) Dieser Einwand ist nicht durchschlagend. Die Inkorrigibilität ist teilweise auf psychischer Minderwertigkeit beruhend, überwiegend aber überhaupt nur eine relative, durch den Alkoholismus, die Schnapssucht der Detenten veranlaßt. Hier ließe sich wohl dauernde Besserung erzielen, wenn der Entlassene durch sichernde Nachbehandlung[11]) möglichst vor Rückfall bewahrt würde.

Dem Bettel ist das Anleiten oder Ausschicken von Minderjährigen strafrechtlich gleichzustellen (Modifikation des § 361, Ziff. 4 RStGB.), ferner die Arbeitsscheu des § 361, Ziff. 7 RStGB.

Endlich erscheinen Bettel und Landstreicherei schlechthin als vorsätzliche Eigentumsgefährdungen, wenn die Umstände erweisen, daß es dem Bettler oder Landstreicher darum zu tun war, unter der Maske des Sozialparasiten zu stehlen oder zu rauben. Dies muß in der Pönalisierung Berücksichtigung finden.

Ich fasse die hieraus erwachsenden Postulate zusammen:

I. Der einfache Bettel und die einfache Landstreicherei werden als Übertretung mit Haft (bis zu einer Woche) gestraft; soweit Not vorliegt, ist die bedingte Verurteilung zulässig.[12])

II. Bettel und Landstreicherei aus Arbeitsscheu oder Habsucht werden mit Arbeitshausstrafe von drei Monaten bis zu drei Jahren bestraft.

In gleicher Weise werden Bettel und Landstreicherei bestraft, wenn sie gewohnheits- oder gewerbsmäßig begangen werden; ferner Bettel und Landstreicherei im wiederholten Rückfall, sofern sie nicht nachweislich aus Not begangen sind.

III. Liegt in den Fällen sub II geminderte Schuldfähigkeit des

---

[10]) Sichart, Bestrafung des Bettels und der Landstreicherei, Z. XIII, S. 6.

[11]) Vgl. oben § 13, Ziff. 2.

[12]) v. Hippel, Die strafrechtliche Bekämpfung von Bettel, Landstreicherei und Arbeitsscheu, S. 249, tritt, da § 54 RStGB. nur den unverschuldeten Notstand anerkennt, für Straflosigkeit des Bettels in jenen Fällen ein, „in welchen er als der einzige Ausweg aus einer anders nicht zu beseitigenden Notlage erscheint".

Täters vor, so wird hierdurch der Charakter der Straftat nicht berührt. Jedoch ist an Stelle oder neben der Arbeitshausstrafe eine (durch das Gesetz zeitlich zu begrenzende) sichernde (Nach-)Behandlung zulässig. Diese kann durch Detention im Arbeitshaus vollzogen werden, jedoch nur unter Berücksichtigung der durch die geminderte Schuldfähigkeit des Detenten gebotenen besonderen Maßnahmen (gemindertes Arbeitspensum etc.).

IV. Bettel und Landstreicherei, die unter Umständen begangen werden, aus denen die Absicht der Bedrohung fremden Eigentums hervorgeht, sind als Diebstahlsversuch; Bettel und Landstreicherei, die nach der Art der Begehung die Absicht gewaltsamer Bedrohung fremden Eigentums erweisen, sind als Raubversuch zu bestrafen.

Sechstes Kapitel.

Verbrechen und bürgerliche Freiheit.

§ 33. Freiheit des Gedankens und der Überzeugung. Freiheit gegenüber Willkür der Obrigkeit. (Nulla poena sine lege poenali.)

1. Der Umkreis der Verbrechen erleidet Einschränkungen durch die staatsrechtliche Idee der bürgerlichen Freiheit. Diese offenbart sich vornehmlich als Gedanken-, Gewissens- und Gesinnungsfreiheit.

Die Freiheit des Gedankens hat sich schon früh Bahn gebrochen. Insonderheit im deutschen Rechtssprichwort findet die Anerkennung der Gedankenfreiheit vielfach Ausdruck.[1])

Sobald sich das Recht von der religiösen Einkleidung befreit, erscheint das Postulat der Freiheit der religiösen Überzeugung begründet. Sobald weiterhin die Herrschaft im Staate den anethischen Charakter verliert, zur sittlich-rechtlichen Synthese fortschreitet, wird der Einzelne als Rechtssubjekt auch im öffentlichen Recht anerkannt, wandelt sich der Untertan in den Staatsbürger: Hieraus

[1]) Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter, Zürich 1858, S. 185 f., Ziff. 261: „Gedanken sind zollfrei." S. 186, Ziff. 262: „Für's Denken tut man keinen henken." S. 186, Ziff. 263: „Um Denken kann man keinen kränken." S. 186, Ziff. 264: „Ich darf denken wie ein Goldschmiedsjunge." Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter, S. 292, Ziff. 64: „Die Tat tödtet den Mann." Ziff. 65: Gedanken sind zollfrei." Ziff. 66: „Schweigen und Denken tut Niemand kränken." Ziff. 67: „Gedanken sind zollfrei, aber nicht höllenfrei." Ziff. 68: „Ums Denken kann man niemand kränken." Ziff. 69: Für's Denken kann man niemand henken." Ziff. 70: „Ich darf denken, wie ein Goldschmiedsjung." Ziff. 71: „Man kann falschen Mut nicht sehen, die Tat sei denn dabei." Ziff. 72: „Mit Worten und Werken beweiset man den Willen."

erwächst die Freiheit der politischen Überzeugung und ihrer Betätigung.[2])

2. Der Gedanke, daß Voraussetzung der Bestrafung ein Strafgesetz bilden muß, findet schon im späteren römischen Recht Anerkennung.[3]) Auch das deutsche Rechtssprichwort verleiht dem Postulat mehrfach Ausdruck.[4])

In der Neuzeit erscheint dieser Grundsatz in der Formulierung: Nulla poena sine lege poenali.[5])

Auch hier ist der staatsrechtliche Grundsatz der Bürgerfreiheit bestimmend: der Bürger soll gegen Willkür der Obrigkeit den Schutz des Gesetzes finden. Das Axiom N. p. s. l. p. gewährt Sicherheit dagegen, daß nicht willkürliche Strafverfolgung stattfindet. Es findet seine Ergänzung durch die strafprozessualen Freiheitsgarantien.[6])

§ 34. Sexualfreiheit und ihre Grenzen. I.

(Unzucht. Verführung. Ehebruch. Abortus.)

[1])I. 1. Während das ältere Recht als Fälle der gemeinen Un-

---

[2]) Vgl. Berolzheimer, System, Bd. II, S. 135 ff.; Bd. III, S. 203—244, 307—310.

[3]) Seit dem valerischen Gesetz gilt im römischen Strafrecht der Grundsatz Nulla poena sine lege poenali. (Mommsen, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 56 f.) Paulus, Dig. 50, 16, 131, 1: „poena non irrogatur nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est."

Coërcitiv ist die Multa des Römischen Rechts. Für sie gilt nicht der Satz nulla poena sine lege poenali. Vgl. Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 41, Note 1, S. 57, 63.

[4]) Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter, S. 286 Ziff. 7: „Wo kein Gesetz, da ist auch keine Übertretung." Ziff. 8: „Ohne Recht mag der Richter Niemand zwingen." Ziff. 9: „Die Gesetze strafen und nicht der Richter." Ziff. 10: „Ist es nicht verboten, so ist es auch nicht Unrecht."

[5]) Vergleiche dazu die ausgezeichneten Darlegungen v. Bar's, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. I, Berlin 1906, S. 9—13.

[6]) Siehe unten §§ 37, 38.

[1]) Über Sittlichkeitsdelikte im allgemeinen vgl., außer der in §§ 34—36 weiter angeführten Literatur:

Picot, Les délits contre les moeurs dans les codes pénaux suisses, Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, Bd. II, 1889, p. 51—67; Rich. Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., Leipzig 1902, S. 357 f.; Zucker, Einige Bemerkungen über die Bestrafung der Sittlichkeitsverbrechen, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. I, 1904, S. 219—222; Aschaffenburg, Zur Psychologie der Sittlichkeitsverbrecher, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. II, 1905, S. 399—416; Bartolomaeus, Die sogenannten Sittlichkeitsstraftaten, Z.

zucht[2]) die Hurerei (fornicatio, scortatio), d. i. den Beischlaf eines ledigen Mannes mit einer Hure, sowie die Schwächung (stuprum), d. i. den Beischlaf eines unverheirateten Mannes mit einer femina honesta, strafte; ignoriert die moderne Rechtsauffassung die einfachen Sexualbeziehungen.

2. Die schwere Pönalisierung jeder Sexualverfehlung führt auf die religiös-rechtliche Auffassung zurück. Insbesondere die mosaische Gesetzgebung statuiert die schwerste Bestrafung — die Tötung — gegenüber jeder geschlechtlichen Unsittlichkeit. Dies erklärt sich aus einem doppelten Gesichtspunkte, einem idealen und einem realen. Der mosaische Staat bedeutet die religiös-rechtliche Fixierung des Monotheismus; jeder Rückfall in den Götzendienst gilt als schlimmste Kulturwidrigkeit, daher ist die an den babylonisch-phönikischen Baals- und Astartedienst anklingende Sexualausschweifung schwerste Verfehlung. Der reale Kulturgedanke des mosaischen Staats ist darin gelegen, daß dieser Staat auf den Ackerbau gegründet war, weshalb eine Reihe von Maßregeln getroffen wurde, um die Kräftigung des Staatsganzen und seiner Glieder herbeizuführen und zu garantieren.[3])

Jene religiös-rechtliche Anschauung, wie dieser antimalthusianische Gesichtspunkt haben lange und längste Zeiten hindurch ihre Geltung behauptet, und äußern heute noch residuär Wirkungen.

Nach moderner Rechtsauffassung ist die einfache Unsittlichkeit Laster und steht daher prinzipiell jenseits des Strafrechts. Die geschlechtliche Unsittlichkeit erscheint prinzipiell strafwürdig nur, soweit Ein- und Übergriffe in fremde Rechts- und Interessensphären statthaben: Gewaltanwendung, Mißbrauch der Willenslosen, Mißbrauch geschlechtsunreifer Personen oder Verletzung eines Vertrauensverhältnisses.

Darüber hinaus bestehen strittige Grenzgebiete, deren Umkreis im Folgenden (§§ 34—36) untersucht werden soll.

II. 1. Die Verführung des § 182 RStGB. pönalisiert den Miß-

Bd. XXV, S. 123—151; W. Mittermaier, in der Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, Bes. Teil, IV. Bd., Berlin 1906, S. 1—76; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 624—642. Siehe ferner: Groß, Criminalpsychologie, S. 399—490 (Die Frau; darunter Erotisches, S. 423—441); Bonhoeffer, Sittlichkeitsdelikt und Körperverletzung, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. II, 1905. S. 465—473.

[2]) Vgl. Binding, Lehrbuch, Bes. Teil, Bd. II, 1. Abt., 2. Aufl., S. 194—196.

[3]) Vgl. mein System, Bd. II, S. 58—66, 62.

brauch der bei der unbescholtenen Adoleszentin vorhandenen Sexualunerfahrenheit.[4])

Berücksichtigt man, wie tief einschneidend die Verführung eines jungen Mädchens für dessen weiteres Leben zu sein pflegt, wie viele Adoleszentinnen durch die Verführung auf die Bahn der offenen und verschleierten Prostitution, der Liederlichkeit, der Verworfenheit geführt werden, so erscheint die Ausdehnung, zum mindesten der qualifizierten Verführung, bis zum vollendeten 18. Lebensjahr erwägenswert.

Als qualifizierte Verführung könnte analog der Bestimmung in § 181 Ziff. 1 RStGB. der Fall bezeichnet werden, daß die Verführung unter Anwendung hinterlistiger Kunstgriffe erfolgt.

2. Bei der Verführung des geltenden Rechts sollte das Antragserfordernis schlechthin beseitigt oder durch das Erfordernis behördlicher Ermächtigung zur Strafverfolgung ersetzt werden. Der Antrag als Strafvoraussetzung ist mit der sittlich-rechtlichen Auffassung der Strafschuld überhaupt nicht vereinbar und erklärt sich nur als Rudiment der anethischen Strafrechtsperiode.[5])

III. 1. Begriffserstreckung und Pönalisierung des Ehebruchs[6])

---

[4]) Binding, a. a. O. S. 194, ersieht in der Strafdrohung des § 182 einen Fall noch bestehender Pönalisierung des stuprum.

Rechtsvergleichung: W. Mittermaier, Vergleichende Darstellung, Bes. Teil, Bd. IV, S. 120—128.

[5]) Vgl. unten § 41, Ziff. 7. — Rechtsvergleichung über den Strafantrag bei Sittlichkeitsdelikten: W. Mittermaier, Vergleichende Darstellung, Bes. Teil, Bd. IV, S. 210 bis 212.

[6]) Literatur: Ed. Rosenthal, Die Rechtsfolgen des Ehebruchs nach kanonischem und deutschem Recht, Würzburg 1880; E. Sehling, Das Strafsystem der lex Julia de adulteriis, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Bd. IV, Rom. Abt., Weimar 1883, S. 160 bis 163; H. Bennecke, Die strafrechtliche Lehre vom Ehebruch in ihrer historisch-dogmatischen Entwicklung, I. Abt., Marburg 1884; (Finger, Die strafrechtliche Behandlung des an dem Ehebruch seiner Ehegattin mitschuldigen Ehegatten, Wien 1887 [aus den Juristischen Blättern]; war mir nicht zugänglich); Bouché, Étude sur l'adultère, Thèse, Paris 1893 (bis p. 195 geschichtliche Darstellung, von da ab Erläuterung des C. p., art. 336—339); Gautier, Contre la répression pénale de l'adultère, Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, Bd. 7, 1894, p. 355—379; Emil Daude, Der Ehebruch, Streitfragen aus § 172 StrGB., Diss., Göttingen 1895; Olpp, Die rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Kowesi-Stammes im Groß-Namaland, Deutsch Südwest-Afrika, in den Mitteilungen der Gesellschaft für vergleichende Rechts- und Staatswissenschaft, Bd. I, Berlin 1896, S. 186 f.; Metz, Die Strafbarkeit des Ehebruchs nach Reichsstrafrecht, Würzburger Diss., Alsfeld 1900; Binding, Lehrbuch, Bes. Teil, Bd. II, 1. Abt. S. 219—223; Kahn, Die Bestrafung des Ehebruchs in der heutigen Gesetzgebung und de lege ferenda, Tübinger Diss., Stuttgart 1902; R.

stehen in wesentlicher Abhängigkeit von zwei außerstrafrechtlichen rechtskulturellen Momenten: erstens Anschauung über die Stellung der Frau gegenüber dem Ehemanne; zweitens rein privatrechtliche oder publizistisch-private Eheauffassung.[7])

Während der anethischen Rechtsperiode ist die Frau in der Ehe nur Rechtsobjekt. Daher erscheint der Ehebruch der Frau als adulterium, während eine Verletzung der eigenen Ehe durch Treulosigkeit des Ehemannes rechtlich ausgeschlossen ist. Dies ist der Standpunkt des römischen, wie jener des alten deutschen Rechts. Die sittlich-rechtliche Anschauung hingegen, wie sie hier zuerst durch das kanonische Recht vertreten wurde,[8]) fordert die Treue von beiden Gatten gleichermaßen.

In den Zeiten des Sittenverfalls im römischen Reich wurde die publizistisch-private Natur der Ehe erkannt. Dies führte zu den Strafbestimmungen der lex Julia de adulteriis. Im jüngeren deutschen Recht wird der Ehebruch, mit zum Teil schwersten Strafen, pönalisiert, soweit der publizistische Charakter der Ehe Anerkennung findet.

2. Nach deutschem Reichsrecht ist Ehebruch die vorsätzliche Verletzung der ehelichen Treupflichten eines Ehegatten durch seine geschlechtliche Vereinigung mit einer dritten Person anderen Geschlechts.[9])[10])

Nach deutschem Reichsrecht ist der Ehebruch strafbar; die Strafdrohung ist eine gleichmäßige gegenüber beiden Beteiligten; Voraussetzung der Bestrafung ist Scheidung der Ehe wegen des Ehebruchs und Strafantrag seitens des verletzten Gatten. Legislativpolitisch wird die Pönalisierung des Ehebruchs, sowie die Art seiner

---

Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., S. 357 f.; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 392—395; W. A. Bonger, Criminalité et conditions économiques, Amsterdam 1905, p. 663—666; W. Mittermaier, Vergleichende Darstellung, Bes. Teil, Bd. IV, S. 91—101; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 626—628. Vgl. auch Emil Seckel, Die Aufhebung und die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (Festgabe für Dernburg), Berlin 1900, S. 351—395.

Über Tötungsrecht des Ehemanns gegenüber flagrantem Ehebruch nach manchen Rechten, s oben § 15, Note 4.

[7]) Vgl. mein System, Bd. IV, S. 184—188.

[8]) Auf Grund der Sakramentsnatur der Ehe: c. 4. C. 32 qu. 4.

[9]) So mit Recht die gemeine Meinung. Vgl. Binding, Lehrbuch, Bes. Teil, S. 220; v. Liszt, Lehrbuch S. 394; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch, S. 626.

[10]) Über die Pönalisierung des Ehebruchs nach anderen neuzeitlichen Gesetzgebungen vgl. die Angaben bei Kahn, Die Bestrafung des Ehebruchs, S. 42—48.

Strafbarkeit nach Reichsrecht von verschiedenen Autoren bekämpft.[11])

Mit Recht! Die sittlich-rechtliche Eheauffassung ersieht in der Ehe kein reines Rechtsinstitut, sondern ein Rechtsverhältnis, das von der sittlichen Idee getragen ist, seine Weihe durch die sittliche Gestaltung der Beziehung zwischen den Gatten erhält. Die Verletzung dieser sittlichen Pflicht steht daher prinzipiell jenseits, außerhalb der Strafrechtssphäre. So wenig ein Ehegatte, der durch anderweite sittlich-rechtliche Verfehlung die Schuld an der Eheauflösung trägt, strafwürdig erscheint, ebensowenig ist seine Strafwürdigkeit durch den Ehebruch begründet. Zudem wird der Ehebruch nicht selten durch den „unschuldigen" Gatten — durch seine Gleichgültigkeit, durch Impotenz des Mannes etc. — mitverschuldet. Überdies ist der Ehebruch häufig nicht Ursache, sondern Folge der zerrütteten Ehe.

Allerdings hat das Postulat der Aufhebung des § 172 bei der heute um sich greifenden Tendenz, die Ethik durch den Strafrichter einzuimpfen, wenig Aussicht auf Erfolg.

Sollte die Bestrafung des Ehebruchs beibehalten werden, so widerspricht die Formulierung des heutigen deutschen Rechts der Gerechtigkeit, sofern die Bestrafung von dem Willen des verletzten Ehegatten abhängt. Vielmehr müßte das Strafgericht die rechtliche Möglichkeit haben, zwischen Ehebrüchen, die nach Sachlage entschuldbar erscheinen, und unverantwortlichen Ehebrüchen zu scheiden; Ehebrüche der ersten Art müßten stratlos bleiben.

Beachtlich ist auch das von Gautier (für den Fall der Ablehnung seines Postulats der Straflosigkeit des Ehebruchs)[12]) gegebene Amendement:

„Lorsqu'un mariage aura été dissout pour cause d'adultère, les coupables, sur la réquisition du tribunal qui aura prononcé le divorce et du consentement du conjoint offensé, pourront être punis de l'emprisonnement."[13])

[11]) Angabe der Autoren für die strengere Bestrafung der Ehefrau siehe bei Kahn, a. a. O., S. 49 (darunter v. Liszt); gegen die strengere Bestrafung der Frau daselbst S. 49 f. Für die Straflosigkeit des Ehebruchs, Kahn, a. a. O. S. 55—62; siehe dort S. 55 die Angabe der Autoren für und gegen die Straflosigkeit, darunter insbesonders Gautier gegen Bestrafung des Ehebruchs.

[12]) Gemäß dem Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission, Art. 128, ist die Pönalisierung des Ehebruchs in ähnlicher Weise, wie nach deutschem Reichsrecht, vorgesehen.

[13]) Contre la répression pénale de l'adultère, Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, Bd. 7, p. 379.

Wenn man die Bestrafung des Ehebruchs beibehält, sollte er als Ermächtigungsdelikt gestaltet werden.[14])

IV.[15]) Schon die vedischen Arier suchten sich gegen die Abtreibung zu schützen.[16])

Die Abtreibung gefährdet das Leben der Mutter. Sie schädigt ferner das staatliche Interesse am Wachstum der Bevölkerung. Vielfach betätigte Abtreibung ist ein sicheres Kennzeichen für den Verfall eines Volkes.

Das moderne Recht bedroht die Abtreibung mit schweren Strafen selbst dann, wenn sie auf Betreiben der Schwangeren erfolgt. Zugleich wird der Neumalthusianismus, die Hemmung der Befruchtung, allenthalben geübt, gelobt, empfohlen![17]) Wenn schon die Hemmung der Befruchtung freisteht, entbehrt die schwere Pönalisierung der Abtreibung mit Einwilligung oder auf Verlangen der Mutter der Be-

---

[14]) Vgl. unten § 41, Ziff. 7.

[15]) Literatur: Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, S. 513—517; Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Heft 4, Mannheim 1896, S. 334—336; Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 636 f.; Kohler, Recht der Papuas, ZRV. Bd. 14, 1900, S. 357 bis 359 (Abtreibung und Kindsmord üblich), vgl. dazu ZRV. Bd. 7, S. 374; Kohler, Das Recht der Marschallinsulaner, ZRV. Bd. 14, S. 436 (Kindsmord und Abtreibung zulässig), vgl. dazu ZRV. Bd. 12, S. 445; Kohler, Das Recht der Betschuanen, ZRV. Bd. 15, 1902, S. 354 (Kindsmord und Abtreibung strafbar); Binding, Lehrbuch, Bes. Teil, Bd. II, 1. Abt., S. 36—40; L. Lewin, Die Fruchtabtreibung durch Gifte und andere Mittel, 2. Aufl., Berlin 1904; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 332—336; Schneickert, Die gewerbsmäßige Abtreibung und deren Bekämpfung. Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. II, 1905, S. 623 bis 635; Kohler, Das Islamrecht, ZRV. Bd. 17, 1905, S. 216; Schultzenstein, Das Abtreibungsverbrechen in Frankreich, ZRV. Bd. 17, S. 360—421, Bd. 18, S. 266—312; Radbruch, Abschnitt „Abtreibung", in der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, Bes. Teil, Bd. V, Berlin 1905, S. 159—183; Kohler, Das buddhistische Recht der Khmers in Kambodscha, ZRV. Bd. 18, 1905, S. 348 (auf Abtreibung steht Geldstrafe, unter Umständen Vermögenseinziehung); Kohler, Weiteres über die Australstämme, ZRV. Bd. 19, Heft 1, 1906, S. 151 (Vorkommen des Kindsmords und der Abtreibung); F. Ahlfeld, Nasciturus, Leipzig 1906, S. (22, 66), 74—77, 79 f.; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 386—389. — Über die nach den Regeln der ärztlichen Kunst gebotene Abtreibung s. oben § 15, S. 91.

[16]) Zimmer, Altindisches Leben, S. 69: Pṛçniparṇ(Hemionitis cordifolia) eine Pflanze, die gegen embryofressende Dämonen d. h. gegen Abortus in einem Zauberspruch Av. 2, 25 verwendet wird. Hierzu stimmt vortrefflich die Angabe Suçruta's 1 377, 17, daß diese Pflanze, mit Milch vermischt, bei dem während der ersten 7 Monate der Schwangerschaft drohenden Abortus zu gebrauchen sei. Siehe Weber, Ind. Studien 13, 187."

[17]) Vgl. mein System, Bd. IV, S. 193—196, 213, 218.

gründung; hier wäre das Verschulden mit der Bestrafung der Abtreibung als eines Vergehens (i. e. S.) ausreichend gesühnt. Jedenfalls erscheint zu Gunsten der Schwangeren die Bestrafung der Abtreibung als bloßes Vergehen angezeigt, sofern Befruchtung aus unehelicher Geschlechtsverbindung in Frage steht. Hier liegt regelmäßig eine Verzweiflungstat vor, analog dem Kindsmord des § 217 RStGB. Hingegen werden Lohnabtreibung[18]) und Abtreibung ohne Wissen oder Willen der Schwangeren mit Recht als Verbrechen gestraft; hier decken sich Verschuldung und Strafe.

§ 35. Sexualfreiheit und ihre Grenzen. II.

(Kuppelei. Zuhältertum. Verbreitung unzüchtiger Schriften etc. Infektion mit Geschlechtskrankheiten.)

I.[1]) 1. Die Pönalisierung der Kuppelei bestätigt das von mir aufgestellte strafrechtsphilosophische Grundprinzip. Kuppelei ist nichts anderes als Beihilfe zu fremder Unzucht. Die Unzucht bleibt straflos, die Beihilfe wird bestraft, wenn Eigennutz[2]) vorliegt oder ein Qualifizierungsgrund nach § 181 RStGB. gegeben ist. Nicht die Tat als solche ist strafwürdig, sondern die Verächtlichkeit des Kupplers läßt diesen als verbrecherischen Menschen erscheinen. Nicht die Kuppelei als solche, nicht die Beihilfe zu fremder Unzucht wird bestraft, sondern die Tat des Kupplers.

Daher wird die Mittäterschaft bei Kuppelei nach der Judikatur mit Recht verneint bezüglich desjenigen, dessen Unzucht gefördert

---

[18]) Beachtlich Schneickert, Die gewerbsmäßige Abtreibung und deren Bekämpfung, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. II, S. 633: „Ein Verzeichnis dieser Personen, insbesonders auch der ‚Rat und Hilfe etc.' annoncierenden Personen . . . erleichtert die polizeiliche Kontrolle der Abtreiberinnen bedeutend . . . ."

[1]) Literatur: Grosse, Zum Begriffe der Kuppelei, in Goltdammers Archiv Bd. 23, 1875, S. 102—108; Das deutsche Strafgesetzbuch und polizeilich konzessionierte Bordelle, Gutachten (16) deutscher Juristenfakultäten, Hamburg 1877; Engels, die Kontroverse über die Vollendung des Delikts der Kuppelei, Gießener Diss., Marburg 1884; Heilborn in Goltdammers Archiv, Bd. 47, 1901, S. 277 ff.; Binding, Lehrbuch, Bes. Teil, 2. Aufl., S. 204—210; R. Frank, Kommentar zum RStrGB., 3./4. Aufl., zu § 180 f.; v. Liszt, Lehrbuch, 14./15. Aufl., S. 375—379; Forel, Die sexuelle Frage, 4. und 5. Aufl., S. 317—343 (Prostitution und Kuppelei); Olshausen-Zweigert, Kommentar zum RStrGB., 7. Aufl., zu § 180 f.; W. Mittermaier, Vergleichende Darstellung, Bes. Teil, Bd. IV, S. 175—187; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 638 f.

[2]) Bei Gewohnheitsmäßigkeit wird der Eigennutz präsumiert. Vgl. oben § 27, Ziff. 4.

werden soll.[3]) Diese Entscheidung steht im Einklang mit dem von mir aufgestellten Pönalisierungsprinzip; die Mitwirkung des Nichtkupplers an der Kuppelei steht jenseits der Strafschuld.

2. Die Prostitution ist nach deutschem Reichsrecht rechtlich geduldet.[4]) Da nicht jede Prostituierte Hauseigentümerin sein kann, muß sie sich in fremden Wohnungen einmieten dürfen. Daher heischt die Rechtslogik, daß der Vermieter, der an Prostituierte vermietet, wie auch der Bordellwirt, straflos bleiben. Der Rechtszustand ist in Deutschland in dieser Hinsicht ein unwürdiger: Die Bordelle werden in einer Anzahl deutscher Städte polizeilich geduldet, der Bordellwirt wird auf Anzeige wegen Kuppelei gestraft. Hier erscheint Abhilfe geboten. Um Mißstände à la Kleidersalon Riehl zu vermeiden, ist außer der polizeilichen Kontrolle eine periodische Inspektion der Bordelle und der an Prostituierte vermieteten Zimmer durch einen Wohlfahrtsausschuß erforderlich, der in ähnlicher Weise organisiert werden könnte, wie die Bürgerausschüsse, die schon heute Gefängnisse, Irrenanstalten etc. zur Kontrolle besuchen. Gegenüber der Tatsache, daß Bordellwirte die Dirnen vielfach durch übermäßige Preise für Kleider, Wäsche und anderen Konsum in Schulden verstricken und dann auf Grund ihrer Forderungen die Habe der Dirnen retinieren, um diese im Bordell festzuhalten, sei an die Bestimmungen erinnert, die schon das Preuß. Landrecht gegen Mißstände dieser Art enthielt.[5]) Auch könnten die Bordellwirte durch die Polizei an Maximaltaxen für die an die Dirnen gelieferten Gegenstände gebunden werden. Unerträglich ist der Zustand der Gegenwart: Der Bordellwirt erwirbt Reichtümer, die Dirne Krankheit und Siechtum.

II. [6])1. Der Zuhälter unterlag in Deutschland nur dem ge-

[3]) R.G. Entsch. II. StrS., U. v. 1. Mai 1900; ebenso III. StrS., U. v. 26. Juni 1900. Siehe Goltdammers Archiv Bd. 47, 1900, S. 291–293.

[4]) Vgl. über Prostitution und Mädchenhandel mein System, Bd. IV, S. 198–203. Siehe auch meine Entgeltung im Strafrechte, insbesondere S. 483, 495–500 und die dort angeführte Literatur; ferner W. Mittermaier, Vergleichende Darstellung, Bes. Teil, Bd. IV, S. 157–170, 193–196.

[5]) Preuß. Ldr. T. II, Tit. 20, § 1020: „Der Austritt aus dem Hurenhause darf keiner darin bisher befindlich gewesenen Weibsperson, die ihre Lebensart ändern, und sich auf eine ehrbare Weise ernähren will, verschränkt oder erschwert werden." § 1021: „Selbst wegen gegebener Vorschüsse, oder sonst gemachter Schulden, darf der Wirt eine solche Person, bei Verlust der Forderung, wider ihren Willen nicht zurückhalten."

[6]) Literatur: v. Oettingen, Die Moralstatistik, 3. Aufl., Erlangen 1882, S. 247 bis 256; Schmölder, Zur lex Heinze, Z. XIII, S. 537–549; Sichart, Über Schärfung und Milderung der Freiheitsstrafe, ebenda, S. 906–918; Heilborn, in Goltdammers

meinen Strafrecht über Kuppelei. Der Zuhälter existierte als tatsächliche Erscheinung, aber nicht als selbständiger Rechtsbegriff. Um der Bestrafung zu entgehen, enthielten sich die Zuhälter jeder nachweisbaren Kuppeleihandlung, der Schlepperdienste. Dies führte zu den Strafbestimmungen des Gesetzes vom 25. Juli 1900, § 181a RStGB. Hiernach ist der Zuhälter im Rechtssinn der ständige Kuppler der Dirne; diese Eigenschaft wird präsumiert, sobald der Mann vom Dirnenverdienst ganz oder zum Teil lebt; insoweit liegt hier eine verdeckte Präsumtion vor.[7])

Gautier wirft die Frage auf:[8]) Was treibt die Prostituierte in die Arme des Zuhälters? — Entweder leistet der Zuhälter Kuppeleidienst oder er ist zumindest der bezahlte Liebhaber der Dirne. Seine Strafbarkeit gründet im zweiten Fall auf qualifizierter Arbeitsscheu.

2. In irriger Weise polemisiert v. Liszt gegen die Bezeichnung „Ausbeutung des unsittlichen Erwerbes" in § 181a.[9]) v. Liszt sagt, unter Bezugnahme auf § 301 ff. RStGB., nicht der Erwerb wird ausgebeutet, sondern das Abhängigkeitsverhältnis. Wäre dies richtig, so ist nicht abzusehen, weshalb nicht der Gesetzgeber gesagt hätte: unter Ausbeutung des Abhängigkeitsverhältnisses. Der Wucherer beutet die Notlage etc. des zu Bewuchernden aus; der Zuhälter beutet nicht die Abhängigkeit der Dirne aus, sondern ihren Erwerb, d. h. er lebt äquivalentlos auf Kosten der Dirne.[10]) Die Zuhälterei ist nicht, wie der Wucher, Vermögensdelikt, vielmehr qualifizierte

---

Archiv, Bd. 47, 1901, S. 279 ff.; Herr, Der Begriff des Zuhälters, Z. XXI, S. 805—827; Binding, Lehrbuch, Bes. Teil, 2. Aufl., S. 210—213; Jaffa, Der Begriff des Zuhälters im Reichsstrafgesetzbuch, Abh. des krim. Seminars Berlin, herausg. von v. Liszt, N. F. I. Bd., 5. Heft, Berlin 1902; R. Frank, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 3./4. Aufl., zu § 181a; R. Schmidt-Ernsthausen, Die Zuhälterei im deutschen Reichsstrafrecht, Z. XXIV, S. 184—235; Voß, Über den Begriff der „Ausbeutung" in der deutschen Reichsgesetzgebung, in Goltdammers Archiv Bd. 52, 1905, S. 54—57; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 379 f.; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 7. Aufl., Bd. II, S. 685—691; A. Gautier, La question des souteneurs en législation genevoise, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 19, Heft 1, 1906, S. 1—28; W. Mittermaier, Vergleichende Darstellung, Bes. Teil, Bd. IV, S. 187—193; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 640.

[7]) Vgl. oben § 27, Ziff. 4.

[8]) La question des souteneurs en législation genevoise, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 19, Heft 1, p. 1 sq.

[9]) Das gewerbsmäßige Verbrechen, Vortrag, Z. XXI, S. 132; Lehrbuch, 14./15. Aufl., S. 380. In gleicher Weise verfehlt: Herr, Der Begriff des Zuhälters, Z. XXI, S. 819 ff.

[10]) Vgl. meine Entgeltung im Strafrechte, S. 222—255, 287—289.

Arbeitsscheu. Der Zuhälter ist Sozialparasit; seine Verächtlichkeit gegenüber dem einfach Arbeitsscheuen beruht darin, daß er nicht von fremder Mildtätigkeit lebt, sondern vom Prostitutionserwerb der Dirne.

[11])III. Die Strafdrohungen der §§ 183 bis 184a RStGB. betreffen vier in sich durchaus verschieden geartete Handlungen:

1. § 184 Ziff. 4 stellt gewisse, nämlich die öffentlichen Vorbereitungshandlungen zur Unzuchtsbegehung oder Kuppelei unter Strafe.

2. § 183 pönalisiert die öffentlich begangene unzüchtige Handlung, die Ärgernis gibt.

Ärgernis[12]) wird regelmäßig als die Verletzung des sittlichen Gefühls (bezw. beim Tatbestand des § 166 RStGB. des religiösen Gefühls) gedeutet.

Ärgerniserregung bedeutet jedoch mehr, als die einfache Verursachung von Anstoß oder Verletzung des sittlichen Gefühls. Der Ausdruck Ärgernis führt auf die biblische Ausdrucksweise zurück; Ärgernis = scandalum.[13]) Hieraus ergibt sich, daß erstens das sittliche Gefühl in gröblicher Weise verletzt sein muß,[14]) und daß zweitens die Gefühlsverletzung einen unbestimmten, größeren Kreis von Personen betreffen muß. Durch Ärgernis wird nicht der Bürger A oder B in seinen individuellen Gefühlen verletzt (hätte der Gesetzgeber dies zum Ausdruck bringen wollen, dann hätte er, statt der Bezeichnung „Ärgernis", sagen müssen: Wer das sittliche (religiöse) Gefühl eines andern dadurch verletzt, daß er . . . .), sondern das Sitt-

---

[11]) Zu §§ 183, 184, 184a RStrGB. vgl.: Binding, Lehrbuch, Besonderer Teil, 2. Aufl., S. 213—219: R. Frank, Kommentar, 3./4. Aufl., zu §§ 183, 184, 184a; v. Liszt, Lehrbuch, 14./15. Aufl., S. 363—367; Olshausen-Zweigert, Kommentar, 7. Aufl., zu §§ 183, 184, 184a; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 636—638. — Rechtsvergleichung: W. Mittermaier, Vergleichende Darstellung, Bes. Teil, Bd. IV, S. 197—203.

[12]) Über den Begriff des Ärgernisses: Binding, Lehrbuch, Besonderer Teil, 2. Aufl., S. 176 f., 178, 214 f.; R. Frank, Kommentar, 3./4. Aufl., S. 226, 248; v. Liszt, Lehrbuch, 14./15. Aufl., S. 382; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 7. Aufl., Note 7 zu § 166; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch, 6. Aufl., S. 636 (dort, Note 57, Literaturangaben). Rechtsvergleichung: W. Mittermaier, Vergleichende Darstellung, Bes. Teil, Bd. IV, S. 204—209.

Siehe auch Preuß. Ldr., T. II, Tit. 20, § 993 („ärgerliche Reden und Handlungen").

[13]) Grimm, Deutsches Wörterbuch, Bd. I, Leipzig 1854, S. 549.

[14]) Treffend spricht Binding, Lehrbuch, Bes. Teil, S. 176, 215 von „Empörungsempfindung", die durch die Handlung hervorgerufen sein muß.

lichkeitsgefühl der Kulturgesamtheit, das religiöse Gefühl der Konfessionsangehörigen etc. in ihrer Allgemeinheit.

3. § 184 Ziff. 1 und 3 sind weitreichende Hüter der geschlechtlichen Sittlichkeit der Erwachsenen.

Strafdrohungen dieser Art kennzeichnen selten Zeiten kulturellen Hochstandes. Sie bezeugen ein Übergreifen der kirchlich-sittlichen Auffassung in die Rechtssphäre.

4. § 184 Ziff. 2 und § 184a bezielen den Jugendschutz gegenüber sinnlicher Reizung. Die Strafdrohung des § 184a umfaßt auch den Schutz des Schamgefühls. Mit Recht sagt v. Liszt:[15]) „Erst das Gesetz von 1900 hat es für nötig gefunden, das Schamgefühl unter Strafschutz zu stellen."

IV.[16]) Die Bestrafung der vorsätzlichen (wissentlichen) oder fahrlässigen Sexualinfektion durch Beischlafsvollzug seitens einer geschlechtskranken Person wird neuerdings vielfach gefordert. Es handelt sich hierbei meist um dolus eventualis, zumindest um Fahrlässigkeit; die Straffälligkeit als Körperverletzung ist daher schon nach geltendem Recht begründet. Vereinzelt wird die Aufhebung des ärztlichen Berufsgeheimnisses mit Bezug auf Geschlechtserkrankungen insoweit gefordert, daß eine Sexualinfektion durch den Arzt zur Anzeige gebracht werden dürfe (oder müsse), und Zwangsheilung, eventuell in einem öffentlichen Krankenhaus, erfolge. Derartige Bestimmungen wären mit der Idee der bürgerlichen Freiheit nicht zu vereinbaren. Das Ergebnis würde überdies sein, daß ein großer Teil der Sexualerkrankten in die Hände von Pfuschern getrieben würde.

§ 36. Sexualfreiheit und ihre Grenzen. III.

(Sexualentartung.)

[1])I. 1. Die abnormen Betätigungen des Sexualtriebs zerfallen für die juristische Würdigung in zwei Grundklassen: die Fälle, in denen der Sexualakt zugleich fremde Rechte verletzt oder

[15]) Lehrbuch, 14./15. Aufl., S. 364.

[16]) Vgl. zum Folgenden W. Mittermaier, Vergleichende Darstellung, Bes. Teil, Bd. IV, S. 170 f. und die dort angeführte Literatur (v. Liszt, Schmölder, Kohler).

[1]) Über Sexualentartung im allgemeinen: v. Krafft-Ebing, Psychopathia sexualis, 12. Aufl., Stuttgart 1903 (ich zitiere im folgenden nach der mir zugänglichen 8. Aufl., 1893); v. Krafft-Ebing, Lehrbuch der gerichtlichen Psychopathologie, 3. Aufl., 2. Ausg., Stuttgart 1900, S. 276—291; Hoche, in Hoche, Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie, Berlin 1901, S. 485—503. Vgl. ferner: W. A. Bonger, Criminalité et conditions économiques, Amsterdam 1905, p. 666—674 (viol et attentat à la pudeur sur des adultes), p. 675—688 (viol et attentat à la pudeur sur des enfants); W. Mittermaier, Ver-

bedroht; die Sexualakte ohne Schädigung oder Gefährdung fremder Rechte (und Individualinteressen).

Zur ersten Klasse gehört die Unzucht mit Kindern und Geschlechtsunreifen, die Formen des Sadismus bis zum Lustmord, ferner der Exhibitionismus. Zur zweiten Klasse gehören: Masturbation, Masochismus, Fetischismus, Bestialität, Homosexualität.[2])

gleichende Darstellung, Bes. Teil, Bd. IV, S. 114—119 (Angriffe auf Kinder); Ilberg. Über Lustmord und Lustmörder, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. II, 1905, S. 596—622. Siehe auch Kohler, Die sog. widernatürliche Unzucht unter Ehegatten, in H. Groß' Archiv Bd. 24, 1906, S. 368—383.

[2]) Über Kontra- und Homosexualität: v. Krafft-Ebing, Psychopathia sexualis, in der 8. Aufl. S. 186—352, 411 ff.; v. Krafft-Ebing, Der Conträrsexuale vor dem Strafrichter, 2. Aufl., Leipzig und Wien 1895; Kohler, Die Rechte der Urvölker Nordamerikas, ZRV. Bd. 12, 1897, S. 389 f.; M. Hirschfeld, Die objektive Diagnose der Homosexualität, im Jahrbuch für sexuelle Zwischenstufen, Bd. I, 1899, S. 4—35; Numa Praetorius, Die strafrechtlichen Bestimmungen gegen den gleichgeschlechtlichen Verkehr, ebenda S. 97—149; Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 703 f.; Moll, Die konträre Sexualempfindung, 3. Aufl., Berlin 1899; Moll, Die Behandlung der Homosexualität, im Jahrbuch für sexuelle Zwischenstufen, Bd. II, 1900, S. 1—29; v. Krafft-Ebing, Lehrbuch der gerichtlichen Psychopathologie, 3. Aufl., 2. Ausg., S. 282 f.; Hoche, in Hoche's Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie, Berlin 1901, S. 493—498; Kohler, Dante und die Homosexualität, in Goltdammer's Archiv Bd. 48, 1901, S. 63 bis 67, und Nachtrag, S. 294; Kohler, Das indische Strafrecht, ZRV. Bd. 16, 1903, S. 194; Näcke, Angebot und Nachfrage von Homosexuellen in Zeitungen, in H. Groß' Archiv, Bd. 8, 1902, S. 339—350; Moll, Wie erkennen und verständigen sich die Homosexuellen unter einander?, in H. Groß' Archiv, Bd. 9, 1902, S. 157—159; Näcke, Zeitungsannoncen von weiblichen Homosexuellen, in H. Groß' Archiv Bd. 10, 1903, S. 225—229; Kurella, Die Grenzen der Zurechnungsfähigkeit und die Kriminal-Anthropologie, Halle a/S. 1903, S. 6—16; Forel, Die sexuelle Frage, 4. und 5. Aufl., München 1906, S. 257—273, 365, 432; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 7. Aufl., Bd. II, S. 661—663; Mayer von Schauensee, Homosexualität oder Kontrasexualität, in der Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. 3, Heft 4, 1906, S. 227—229; W. Mittermaier, Vergleichende Darstellung, Bes. Teil, Bd. IV, S. 147—157.

Für die Aufhebung des § 175 RStGB., 1. Alt.: Anonymus, § 175 des Deutschen Strafgesetzbuches und die Urningsliebe, mit einem Nachwort von v. Krafft-Ebing, Z. XII, S. 34—54; v. Krafft-Ebing, Der Conträrsexuale vor dem Strafrichter, 2. Aufl., Leipzig und Wien 1895, S. 29—34 (mit Jugendschutz und Überwachung der Prostitution); v. Lilienthal, Der Stooß'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs, Z. XV, S. 337 f. (nach Art. 115 des Entwurfs selbst ist die widernatürliche Beischlafsvollziehung[!] straffällig); Moll, Die konträre Sexualempfindung, S. 479 bis 499 (soweit nicht Jugend des einen Teils, Öffentlichkeit oder andere Erschwerungsgründe hinzutreten); Auer, Soziales Strafrecht, München 1903, S. 4 f., 10 f.; Näcke, Das dritte Geschlecht, in der Politisch-Anthropologischen Revue, Jahrg. II, 1903/04, S. 310—315, 314; und Nachtrag zum Aufsatz über: Das dritte Geschlecht, ebenda S. 581 f.; Schrickert, Homosexualität und Strafrecht, ebenda, Jahrg. III, S. 580—583,

2. Sämtliche Fälle der Sexualentartung deuten auf psychische Trübung. Sie erweisen aber als solche nicht das Vorliegen von Geisteskrankheit. Insbesondere der Exhibitionismus, der in seinen schwereren Formen Kindern gegenüber begangen wird, beweist für sich allein noch nicht die Unzurechnungsfähigkeit des Täters.[3])

Mit v. Krafft-Ebing scheidet man bei homosexuellen Akten meist Perversion und Perversität, oder man scheidet Kontra- und Homosexualität. Hiernach ist Perversität oder Homosexualität der (aus Geilheit faute de mieux oder aus Eigennutz oder aus anderen Gründen) betätigte gleichgeschlechtliche Akt des sexuell Normalempfindenden, Perversion oder Kontrasexualität die gleichgeschlechtliche Sexualempfindung.

Auch bezüglich der Kontrasexualität geht die überwiegende Mehrzahl der Autoren darin einig, daß sie keine Geisteskrankheit, aber eine krankhafte Erscheinung ist.[4])

3. Bezüglich der Unzucht mit Kindern und geschlechtsunreifen

---

581 f. (rein aus Zweckmäßigkeitsgründen); v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. (384—386), 385; Kohler, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Leipzig 1905, S. 183; Forel, Die sexuelle Frage, 4. und 5. Aufl., München 1906, S. 262, 432; H. Groß, in H. Groß' Archiv Bd. 24, 1906, S. 184 f., und sonst in dieser Zeitschrift; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 635.

Hoche, in Hoche's Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie, S. 497 f., ist aus manchen Gründen für die Änderung des § 175, äußert zugleich aber auch Bedenken, die schwer genug seien, um die öffentliche Agitation gegen § 175 zu verwerfen.

W. Mittermaier, Vergleichende Darstellung, Bes. Teil, Bd. IV, S. 152, 157, führt die Gründe für und gegen Bestrafung der widernatürlichen Unzucht an; er trifft keine Entscheidung, ist aber anscheinend überwiegend für Straflosigkeit.

Gegen die Aufhebung des § 175 RStGB.: Wachenfeld, Homosexualität und Strafgesetz, Leipzig 1901 (Wachenfeld ist für Ausdehnung des Paragraphen auf gleichgeschlechtlichen Verkehr auch zwischen Frauen; Bestrafung der Verführung; Straffreiheit des Konträrsexualen schon nach geltendem Recht gemäß §§ 51, 175); Wachenfeld, Zur Frage der Strafwürdigkeit des homosexualen Verkehrs, in Goltdammer's Archiv Bd. 49, 1903, S. 37—66; A. Köhler, Reformfragen des Strafrechts, S. 80 (anschließend an Wachenfeld).

[3]) Hoche, in Hoche's Handbuch, S. 502: „Exhibitionistische Akte verlangen in jedem Falle eine sachverständige Untersuchung des Geisteszustandes des Täters. Das Auftreten des Triebes und die entsprechende Handlung beweisen an sich nichts für geistige Abnormität."

[4]) Hoche, in Hoche's Handbuch, S. 498: „Die Konträrsexualen ... krankhaft veranlagt." v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 385: „Krankhafte, sei es angeborene, sei es erworbene, geistige Störung liegt in zahlreichen Fällen vor." Forel, Die sexuelle Frage, S. 260: „Wir müssen mit v. Krafft-Ebing daran festhalten, daß die homosexuale Liebe Krankheit ist. ..."

Personen wird mit Recht vielfach gefordert, daß die Schutzgrenze bis zum vollendeten 16. Lebensjahr erstreckt werden sollte. Selbst Strafgesetzbuch Italien, wo doch die Geschlechtsreife früher eintritt, normiert hierfür das 16. Lebensjahr. Legislativpolitisch erscheint die Behandlung der Unzucht mit Kindern unter 14 Jahren als Verbrechen, jene zwischen dem 14. und 16. Lebensjahr als Vergehen angezeigt.

Auch könnte die Strafbarkeit der Verführung (vgl. oben § 34, sub II) gegenüber Jugendlichen beiderlei Geschlechts statuiert werden.

II. 1. Die Mehrzahl der Autoren fordert in der Neuzeit die Straflosigkeit des gleichgeschlechtlichen Sexualverkehrs.[5])

Ein Teil der Literatur legt großen Wert auf die Frage, ob und inwieweit die Kontrasexualität angeboren, wieweit sie erworben ist; im ersten Fall weiter darauf, wie die Angeborenheit zu deuten sei, insbesondere, ob sie einen psychischen Defekt darstelle oder nicht.[6]) Die Entscheidung der Frage ist wohl für Anthropologie, Medizin und Ethik von größerer Bedeutung, als für das Strafrecht. Während man früher dazu neigte, die Kontrasexualität als Folge von Ausschweifungen zu erachten, nimmt man neuerdings meist Angeborenheit oder Erwerb in ganz jugendlichem Alter als das Wahrscheinliche an. Diese Annahme hat viel für sich. Daß die Kontrasexualität in einer Anzahl von Fällen angeboren ist, erscheint im Hinblick auf die Tatsache wahrscheinlich, daß ein Teil auch jugendlicher Kontrasexualer psychische und physiologische Merkmale des anderen Geschlechts an sich trägt. Daß die Kontrasexualität erworben werden kann, namentlich durch homosexuellen Verkehr in sehr jugendlichem Alter, scheint aber gleichfalls festgestellt zu sein. Unwahrscheinlich ist hingegen die Annahme, daß Ausschweifungen Kontrasexualität erzeugen; vielmehr pflegen Ausschweifungen oder demente Sexualentartungen meist dahin zu führen, daß an Stelle eines reifen ein unreifer menschlicher Körper Objekt der sinnlichen Neigung wird, sodaß der zuvor normal Veranlagte junge Mädchen, der zuvor konträr Veranlagte Knaben begehrt.

2. Die Kontrasexualität bedeutet einen Rückschlag in frühere Kultur.[7]) Daraus erklärt sich die Pönalisierung des gleichgeschlecht-

---

[5]) Siehe die Literaturangaben oben in Note 2.

[6]) Vgl. die eingehende Literaturwürdigung bei Wachenfeld, Homosexualität und Strafgesetz, S. 60—84. Siehe ferner v. Krafft-Ebing, Der Conträrsexuale vor dem Strafrichter, S. 98—112; und oben, Note 4.

[7]) Treffend Wachenfeld, Homosexualität und Strafgesetz, S. 140: „Die Homo-

lichen Verkehrs in den alten und in vielen neuzeitlichen Gesetzgebungen. Der durchschlagende Grund für das Postulat der Straflosigkeit des gleichgeschlechtlichen Verkehrs ist die moderne Idee der Sexualfreiheit: Das Recht ignoriert die geschlechtlichen Beziehungen, soweit nicht eine Schädigung oder Gefährdung fremder Rechte oder öffentlicher Interessen durch den Sexualakt gegeben ist.

3. Hierzu kommen praktische Erwägungen, die jedoch nur von untergeordneter Bedeutung sind. Als solche sind zu benennen:

a) Die große Zahl der konträr Veranlagten. Man kommt sogar zur Schätzung von vielleicht (zuverlässige Angaben sind selbstverständlich unmöglich) 600000 bis 700000 Menschen, die in Deutschland, wenn nicht konträr veranlagt sind, so doch homosexuellen Verkehr ausüben.[8])[9])

b) Ein weiterer praktischer Grund für die Aufhebung des § 175 ist die Züchtung des Erpressertums durch die Strafdrohung,[10]) das übrigens auch bei Straflosigkeit nicht völlig beseitigt wäre.[11]) Die Erpressungsgefahr spielt eben beim Verkehr mit der männlichen Prostitution etwa die Rolle, wie die Gefahr venerischer Infektion beim Sexualverkehr mit weiblichen Prostituierten.

Daraus ergibt sich die Stellung des Gesetzgebers gegenüber der mannmännlichen Prostitution. Beachtlich ist der Vorschlag Moll's,[12]) § 361, Ziff. 6 RStGB. dahin zu ändern: „Mit Haft wird bestraft eine Person . . .," statt eine Weibsperson.

---

sexualität bedeutet . . ein Zurücksinken in einen überwundenen Zustand und wider strebt als ein Rückschritt dem Prinzip steter Vervollkommnung, das ein Gemeinwesen beherrschen soll."

Beachtlich Näcke, Nachtrag zum Aufsatz über: Das Dritte Geschlecht, Politisch-Anthrop. Revue, Jahrg. II, S. 582: „. . In parenthesi will ich endlich noch zufügen, daß auch die Homosexualität de facto eine ‚rudimentäre' Heterosexualität ist. Denn der Mann liebt nicht einen x-beliebigen Mann u. s. f., sondern nur einen, der die inneren — oft auch nur äußerlichen — Eigenschaften des anderen Geschlechts an sich trägt. Der virile Homosexuelle wird also z. B. den weiblich Angelegten lieben u. s. f."

[8]) Wachenfeld, Homosexualität und Strafgesetz.

[9]) Hoche, in Hoche's Handbuch, S. 496, hält dafür, daß die Häufigkeit des Vorkommens von echter konträrer Sexualempfindung überschätzt werde.

[10]) L. Frey, Zur Charakteristik des Rupfertums, im Jahrbuch für sexuelle Zwischenstufen, Bd. I, S. 71—96; Moll, Die konträre Sexualempfindung, S. 254—259 und sonst.

[11]) Treffend Moll, Die konträre Sexualempfindung, S. 257, s. auch dort S. 259; Wachenfeld, Homosexualität und Strafgesetz, S. 120—123; W. Mittermaier, Vergleichende Darstellung, Bes. Teil, Bd. IV, S. 157.

[12]) Die konträre Sexualempfindung, S. 500 f.

c) Andrerseits wird die Befürchtung einer Zunahme des mannmännlichen Geschlechtsverkehrs bei Freigabe der Bestrafung schon im Hinblick darauf widerlegt, daß die Straflosigkeit bereits heute in den romanischen Ländern, sowie in Holland und Belgien besteht, daß ferner die lesbische Liebe und ein Teil der mannmännlichen Sexualakte in Deutschland straflos sind.[13])

In der deskriptiven Literatur wird allerdings darauf verwiesen, daß die Mehrzahl der Kontrasexualen unter übermäßiger libido sexualis leidet, ein Teil von ihnen nur zu normal Veranlagten geschlechtliche Neigung empfindet, daher die Verführungsgefahr nicht unbeträchtlich ist; jedoch ist zu berücksichtigen, daß das sexualpsychologische Bild des Homosexualen in den meisten dieser Schriften sich augenscheinlich nicht auf die Gesamtheit der Homosexualen bezieht, sondern auf die Epikuräer und Lebemänner unter ihnen, die nach Skrupellosigkeit, verfügbarer freier Zeit, Bewegungsfreiheit und finanzieller Unabhängigkeit naturgemäß nur die Minderzahl bilden können. Zudem wird die präventive Kraft der Strafdrohung meist überschätzt.

d) Übrigens kommt — wie bemerkt — diesen praktischen Erwägungen nicht jene Bedeutung für die strafrechtliche Beurteilung bei, die ihnen vielfach zugeschrieben wird. Denn es handelt sich um Rechtsfragen, nicht um Gefühlsangelegenheiten. Wenn der homosexuelle Verkehr strafwürdig erscheint, dann bleibt die Strafwürdigkeit auch bei angeborener Kontrasexualität bestehen, so gut wie jene des (nicht geisteskranken) Lustmörders, Sadisten oder Schänders von Minderjährigen bezw. Kindern. Wenn aber der homosexuelle Verkehr nicht aus allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkten strafwürdig ist, erscheint seine Pönalisierung auch dann nicht gerechtfertigt, wenn er ein noch so abscheuliches Laster wäre.

Für Strafart und -Bemessung mag allerdings bei bestehender Pönalisierung das Urteil über die Natur der Kontrasexualität von Belang sein.[14])

---

[13]) Treffend Moll, Die konträre Sexualempfindung, S. 493 f. Siehe auch v. Krafft-Ebing, Psychopathia sexualis, in der 8. Aufl., S. 191; Forel, Die sexuelle Frage, S. 262.

[14]) Die Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund (S. 150 f. zu § 152) verweisen darauf, daß die in der Anlage zu den Motiven niedergelegte Auffassung der Medizin den Wegfall jener Strafbestimmung rechtfertige wie auch „manche der, Theorien des Strafrechts entnommenen Gründe". Das Rechtsbewußtsein im Volke aber beurteile jene Handlungen nicht bloß als Laster, sondern als Verbrechen. Sollte das Volksbewußtsein maßgebend sein, so wäre

Der ausschlaggebende Gesichtspunkt wird durch v. Lilienthal treffend dahin bezeichnet, daß „die neuere Entwicklung mehr und mehr dahin kommt, die Geschlechtsbeziehungen zu ignorieren, soweit nicht ein dringendes öffentliches Interesse das Gegenteil fordert".[15])

4. Der nämliche Gesichtspunkt läßt sich auch für die Straflosigkeit der Bestialität geltend machen. Das Recht bedeckt ja auch andere Sexualverirrungen, die nicht Schädigungen Dritter bilden, mit dem Schleier der Nacht.

5. De lege lata kann für das Deutsche Reichsrecht kaum ein Zweifel darüber bestehen, daß § 175 RStGB. die widernatürliche Unzucht des Konträrsexualen mitumfaßt. Dies ist gemeine Meinung; anderer Ansicht ist Wachenfeld. Wachenfeld nimmt bezüglich des Unzuchtsakts des Konträrsexualen Geisteskrankheit an.[16]) Dies trifft jedoch nach medizinischer Anschauung nicht zu. Wachenfeld postuliert de lege ferenda die Bestrafung jeder homosexuellen Hand-

---

auch aus diesem Gesichtspunkte heute, auf Grund der Aufklärung über die Natur der Kontrasexualität, Straflosigkeit angezeigt.

[15]) Der Stooß'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs, Z. XV, S. 337.

Beachtlich ist auch Strafgesetzbuch Norwegen vom 22. Mai 1902, § 213. Gemäß § 213, Abs. I und II wird zwar der unzüchtige Umgang zwischen Personen männlichen Geschlechts an den Tätern und den Mitwirkenden mit Gefängnis bis zu einem Jahre, und in derselben Weise der unzüchtige Umgang mit Tieren am Täter und dem, der dazu mitwirkt, bestraft. Aber nach § 213, Abs. III findet die Verfolgung nur statt, „wenn allgemeine Rücksichten es erfordern".

Vgl. ferner die in Note 2 für die Aufhebung des § 175 RStGB.s angeführte Literatur, und insbesondere v. Krafft-Ebing, Psychopathia, in der 8. Aufl., S. 418–420.

[16]) Wachenfeld, Homosexualität und Strafgesetz, scheidet Kontrasexualität und Homosexualität; jene ist gleichgeschlechtliche Handlung auf Grund des gleichgeschlechtlichen Triebs, diese ist gleichgeschlechtliche Handlung als Laster. Jene ist die Tat des geistig Kranken, diese die Handlung des Wüstlings.

Der Konträrsexuale fällt nach Wachenfeld nicht unter § 175, da er geistesgestört im Sinne des § 51 RStGB.s sei. Wachenfeld führt (S. 103, N. 2) als Vertreter der gleichen Ansicht an: v. Liszt, die Mediziner Schäfer, Grashey, Kirn, Orth, sowie Stooß, Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, S. 146. (In Wahrheit nimmt die weitaus überwiegende Mehrheit der Autoren Krankhaftigkeit des konträrsexuellen Geschlechtstriebes an, aber nicht Geisteskrankheit des Kontrasexualen selbst. Vgl. oben sub I, 2.)

Die Straffreiheit soll nach Wachenfeld nur so weit reichen, als die krankhafte Störung (S. 104). S. 105: „Die einzige Folge der Anwendbarkeit des § 51 auf ihn ist nur die, daß sein gleichgeschlechtlicher Verkehr nicht als widernatürliche Unzucht geahndet werden kann."

In Goltdammers Archiv Bd. 49, S. 53—66 tritt Wachenfeld aus Gründen des Gemeinwohls für die Bestrafung der (bloßen) Homosexualität (wegen ihrer Staats- und Gemeingefährlichkeit) ein.

lung, jedoch mit Straflosigkeit der Konträrsexualen wegen partieller, durch den krankhaften Trieb bedingter, in der Rechtswirkung auf die Betätigung des Triebs begrenzter Geistesstörung.[17])

Will man die gleichgeschlechtlichen Akte strafen, jedoch gleichzeitig den konträr Veranlagten straflos lassen, so besteht die Möglichkeit hierfür ohne Zuflucht zur Fiktion der Geisteskrankheit und ohne Änderung des § 175: man braucht lediglich das Wort „widernatürliche" im § 175 RStGB. statt im objektiven, im subjektiven Sinn aufzufassen und auszulegen. Dann steht der konträr Veranlagte, für den der gleichgeschlechtliche Akt nach seiner Empfindung naturgemäße Geschlechtsbetätigung ist, außer Strafschuld.

§ 37. Die prozessualen Freiheitsgarantien. I.

(Reform des Vorverfahrens. Reform der Schwurgerichte.)

I.[1]) 1. Die auf Reform des Vorverfahrens samt der Voruntersuchung gerichteten Bestrebungen lassen sich mit einem Worte da-

[17]) Wachenfeld, Homosexualität und Strafgesetz, S. 147 f.: „Die widernatürliche Unzucht zwischen Personen gleichen Geschlechts ist mit Gefängnis zu bestrafen; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. Liegen mildernde Umstände vor, kann auf Geldstrafe (bis zu 1000 Mark) erkannt werden. Dieselben Strafen treffen denjenigen, welcher andere zur widernatürlichen Unzucht verführt hat."

Vgl. dazu die vorstehende Note.

[1]) Über Reform des Vorverfahrens vgl.: Vasalli, Allgemeine rechtsphilosophische Betrachtungen über das Strafverfahren, Bd. I, Erlangen 1869; v. Weinrich, Zur Reform des Strafprozesses und des Verteidigerberufes, Z. XIII, S. 236—258; Rosenblatt, Zur Reform des Strafprozesses und des Verteidigerberufes, Z. XIII, S. 837 bis 841; v. Weinrich, Beamtete und nichtbeamtete Strafrichter in Frankreich und Deutschland, ein Beitrag zur Lösung der Juryfrage, Z. XV, S. 505—558; C. Bornhak, Zur Reform des Strafprozesses, Z. XIX, S. 64—84; Zucker, Über einige Reformen des Vorverfahrens im modernen Strafprozesse, Wien 1902; Gutachten über die Reform des Vorverfahrens von Simons, IKV. Bd. X, p. 81—98; Gutachten Woulfert über dieselbe Frage, ebenda p. 261—273; Garçon, Sur la question de l'instruction préalable contradictoire, ebenda p. 284—296; W. Mittermaier, Die Reform der Voruntersuchung, IKV. Bd. XI, S. 277—310; Zucker, Die Reform der Voruntersuchung, ebenda S. 311—414; Gautier, La réforme de l'instruction préalable, ebenda p. 415 bis 455; H. Heinemann, Gesetzentwurf betreffend die Reform der Voruntersuchung, ebenda, S. 659—715; W. Kulemann, Gesetzentwurf betreffend Abänderung der Strafprozeßordnung, ebenda S. 716—754; W. Rosenberg, Die Reform der Voruntersuchung, ebenda S. 755—811; W. Mittermaier, Die Reform des Vorverfahrens, Prot., ebenda S. 812—820, Bericht S. 821—853; Gutachten Macdonell, S. 854—860; Harburger, IKV. Bd. XII, S. 337—348, 358; Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, herausg. vom Reichs-Justizamte, (2 Bde.), 1. Bd., Berlin 1905; W. Mittermaier, Die Reform des Vorverfahrens im Strafprozeß, Juristisch-psychiatrische

hin kennzeichnen: Das Vorverfahren soll seines inquisitorischen Charakters entkleidet werden. Die Reform tendiert hahin, das Vorverfahren in erhöhtem Maße gemäß der Idee des Parteiprozesses auszugestalten. Die naturgemäße Grenze ergibt sich in den Zwecken des Strafverfahrens, die der Beweisverdunklung (durch Kollusion des Beschuldigten mit Zeugen, durch Vernichtung von Überführungsmaterial etc.) entgegenstehen.

2. Das Prinzip des Parteiprozesses muß durch die Reform in der Weise verwirklicht werden, daß die Stellung des Angeklagten und des Verteidigers gebessert wird. Im einzelnen ergeben sich unstreitig die Postulate: weitreichende Mitwirkung der Verteidigung beim Vorverfahren;[2]) Einschränkung der Untersuchungshaft, insbesondere durch Aufhebung der präsumierten Fluchtgefahr;[3]) Begrenzung des Legalitätsprinzips, soweit kein öffentliches Interesse für die Strafverfolgung besteht, zumindest gegenüber Jugendlichen.[4])[5])

Grenzfragen, II. Bd., Heft 6, Halle a/S. 1905, S. 17—40; Feisenberger, Zur Reform des Strafprozesses, zu A bis G des vom Reichsjustizamt aufgestellten Programms, im Gerichtssaal Bd. 65, S. 21—32; W. Kahl, Zur Reform des Vorverfahrens, Vortrag vom 13. Januar 1906, in Goltdammer's Archiv Bd. 53, Heft 1/2, 1906, S. 1—19; v. Liszt, Die Reform des Strafverfahrens, Berlin 1906 (Sep.-Abdr. aus der Zeitschrift Die Nation); K. Weidlich, Die englische Strafprozeßpraxis und die deutsche Strafprozeßreform, Berlin 1906; Reform des Strafprozesses, Kritische Besprechungen der von der Kommission des Reichsjustizamts gemachten Vorschläge, herausg. von Aschrott, Berlin 1906; Hegler, Literaturbericht zur Strafprozeßreform, Z. XXVII, Heft 2, S. 222—226, 230—234. Siehe auch Hans Groß, Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik, 4. Aufl., München 1904, Bd. I, S. 7—126; Rosenfeld, Der italienische Strafprozeßentwurf 1905, IKV. Bd. 14, Heft 1, 1907, S. 148 ff.

[2]) v. Weinrich, Zur Reform des Strafprozesses und des Verteidigerberufes, Z. XIII, S. 239: „Daß die Interessen der Anklage bei unseren Richtern eine größere Beachtung finden, als die der Verteidigung, zeigt sich im Vorverfahren, im Hauptverfahren, bei der Urteilsfällung und in der Rechtsprechung im allgemeinen." S. 245: „Die Straftendenz unserer Gerichte erklärt sich aus dem moralischen Übergewicht der Staatsanwaltschaft über die Verteidigung ..."

Vgl. ferner Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, Bd. I, S. 122—132; Rosenberg und Heinemann, in Aschrott's Reform des Strafprozesses, S. 306—365.

[3]) Vgl. Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, Bd. I, S. 90 f.

[4]) Vgl. Protokolle, Bd. I, S. 133—140; W. Mittermaier, Schmidt-Ernsthausen und Thiersch, in Aschrott's Reform des Strafprozesses, S. 148—219. Siehe auch Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 465 f. und die Literaturangaben dort.

Zu verwerfen ist die Ausdehnung der Privatklage bei Einschränkung des Legalitätsprinzips; vgl. unten § 41 in fine.

[5]) Vgl. zu sämtlichen Punkten W. Mittermaier, Die Reform des Vorverfahrens

Ob sich die kontradiktorische Ausgestaltung des Vorverfahrens nach englischem Vorbild empfehlen würde, darüber sind die Ansichten begreiflicherweise geteilt:[6]) Zu Ungunsten dieser Neuerung wird geltend gemacht, daß sie das Schwergewicht der Hauptverhandlung herabdrücken würde. Andrerseits würden die Zeugenaussagen, deren häufige Unzuverlässigkeit durch die kriminalpsychologische Forschung mehr und mehr in helles Licht tritt (die Unzuverlässigkeit gründet auf Mängel der Beobachtung, der Erinnerung, der Fähigkeit der Wiedergabe;[7]) dazu kommt noch die Befangenheit vor Gericht, die zuweilen bis zur Verwirrung reicht), beim kontradiktorischen Vorverfahren meist in einem Stadium objektiv (nicht in der Verschiebung durch polizeiliche Protokolle) festgestellt, in dem die Trübung des Gedächtnisses und die unbewußte Beeinflussung noch nicht allzuweit fortgeschritten sind.

3. Ob für die Beeidigung der Zeugen Vor- oder Nacheid gewählt wird, ist von untergeordneter Bedeutung;[8]) überlegter, planmäßiger Meineid wird durch die nachträgliche Beeidigung nicht abgewendet; im Hinblick auf die Möglichkeit der in Verwirrung geleisteten Meineide und der fahrlässigen Falscheide verdient die nachträgliche Beeidigung den Vorzug.

[9])II. 1. Die Vertreter der Strafrechtswissenschaft, wie auch die

---

im Strafprozeß, Jurist.-psych. Grenzfragen, Bd. II, Heft 6, S. 29—40, und die Allegate dort.

[6]) Vgl. dazu Protokolle, Bd. I, S. 150—160, 198 f.; Weingart und v. Lilienthal, in Aschrott's Reform des Strafprozesses, S. 380—383, 402—419.

[7]) W. Stern (Breslau), Zur Psychologie der Aussage, Berlin 1902 und Z. XXII; W. Stern, Beiträge zur Psychologie der Aussage, Leipzig 1903; H. Groß, Das Wahrnehmungsproblem und der Zeuge im Strafprozeß, in Goltdammer's Archiv Bd. 49, 1903, S. 184—203; Sommer, Die Forschungen zur Psychologie der Aussage, Juristisch-psychiatrische Grenzfragen, herausg. von Finger, Hoche und Bresler, Bd. II, Heft 6, S. 41—71 (S. 70 f. Literaturangaben); A. Schott, Zur Psychologie der Aussage, Juristisch-psychiatrische Grenzfragen, III. Bd., Heft 6/7, 1906, S. 42—54; Gmelin, über dasselbe Thema, ebenda S. 55—78.

Über den Zeugenbeweis überhaupt siehe Glaser, Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß, Leipzig 1883, S. 194—276; H. Groß, Handbuch für Untersuchungsrichter, 4. Aufl., Bd. I, S. 64—103.

[8]) Vgl. hierüber Protokolle, Bd. I, S. 57—59; Oehlert, in Aschrott's Reform des Strafprozesses, S. 531—537.

[9]) Über Ersatz der Schwurgerichte durch große Schöffengerichte, bezw. über Reform der Schwurgerichte vgl.:

Hugo Meyer, Die Mitwirkung der Parteien im Strafprozeß, ein Beitrag zur Beurteilung des Entwurfs einer deutschen Strafprozeßordnung, Erlangen 1873; Hugo

in der Praxis stehenden Juristen sind überwiegend der Anschauung, daß eine Beteiligung des Laienelements an der Rechtsprechung in Strafsachen wünschenswert ist, daß jedoch das Schwurgericht eine ungeeignete, der Ausbau des Schöffengerichts die erstrebenswerte Form der Strafgerichte darstellt. Mit Recht! In der Strafrechtsjudikatur spielt, nicht selten in Ansehung der Schuldfrage (insbesondere bei Feststellung des dolus, des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit), regelmäßig aber für die Bemessung der Strafe und die Entscheidung über Zubilligung mildernder Umstände, die Wertung der Persönlichkeit des Angeklagten eine bedeutsame Rolle; hierbei wird durch die Mitwirkung von Männern, die im Leben stehen, das oft einseitige Urteil der Berufsrichter im Sinne einer allseitigen Würdigung korrigiert. Andrerseits erscheint das Schwurgericht namentlich um deswillen als verfehltes Institut, weil die Geschworenen zugleich der Lösung von Rechtsfragen gegenüberstehen, die meist zu kompliziert sind, als daß sie ohne die Mitwirkung von Juristen treffend entschieden werden könnten.

2. Entsprechend der Dreiteilung der Strafhandlungen, deren Beibehaltung im Hinblick auf die dreifache Abstufung der Strafschuld notwendig ist,[10]) erscheint eine dreifache Gliederung der Gerichte

---

Meyer, Die Frage des Schöffengerichts, geprüft an der Aufgabe der Geschworenen, Erlangen 1873; Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, 2 Bde., Berlin 1905; W. Mittermaier, Zur Frage der Schwurgerichte, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. II, 1905, S. 1—24; Oetker, Ein Vorschlag zur Verbesserung des Schwurgerichts, Gerichtssaal, Bd. 65, S. 325—337; Oetker, Reform des Schwurgerichts, Gerichtssaal Bd. 66, Heft 2, 1906, S. 81—107; Schwurgerichte und Schöffengerichte, herausg. von W. Mittermaier und Liepmann, Bd. I, Heft 1, Heidelberg 1906; Schubert, Wachenfeld und Weingart, in Aschrott's Reform des Strafprozesses, Berlin 1906, S. 1—60, 726—752; Berolzheimer, System, Bd. III, S. 252 f.; Hegler, Literaturbericht zur Strafprozeßreform, Z. XXVII, Heft 2, S. 226—230.

Siehe auch: Heinrich Görres, Der Wahrspruch der Geschworenen und seine psychologischen Grundlagen, Juristisch-psychiatrische Grenzfragen, herausg. von Finger, Hoche und Bresler, I. Bd., Heft 2/3, Halle a/S. 1903; Rosenfeld, Der italienische Strafprozeßentwurf 1905, IKV. Bd. 14, Heft 1, S. 174—176.

De lege lata: Oetker, Die Rechtsgrundlagen der Schöffen- und Schwurgerichtsbildung, in Goltdammer's Archiv (Bd. 49, S. 93—116, 203—233), Bd. 50, S. 62—100, 204—248; ferner: v. Ullmann, Lehrbuch des Strafprozeßrechts, München 1893, S. 127 bis 147, 480—485, 503—530; Stenglein, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 3. Aufl., München 1898, zu §§ 276—317; Bennecke und Beling, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, Breslau 1900, S. 539—570; Löwe, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 11. Aufl., von Hellweg, Berlin 1904, zu §§ 276—317.

[10]) Vgl. oben § 25.

angezeigt: Gerichte unterer Ordnung für Übertretungen, Gerichte mittlerer Ordnung für Vergehen, Gerichte höchster Ordnung für Verbrechen (wobei die erstinstanzielle Zuständigkeit des Reichsgerichts allenfalls im bisherigen Umfang beibehalten werden könnte). Hierfür ist die Abstufung der Schöffengerichte in große, mittlere und kleine, wie sie schon seinerzeit im Friedberg'schen Entwurf vorgesehen und im wesentlichen von der Kommission für die Reform des Strafprozesses postuliert wurde, die glücklichste Lösung.

Angesichts des Widerspruchs der öffentlichen Meinung gegen die Aufhebung der Schwurgerichte hat jedoch jener Lösungsversuch kaum Aussicht auf gesetzgeberische Verwirklichung. Daher wird es sich lediglich darum handeln, die Strafkammern durch Zuziehung von Schöffen in Schöffengerichte mittlerer Ordnung umzugestalten, die Schwurgerichte aber so zu reformieren, daß die schwersten der ihnen anhaftenden Mängel entfallen.

3. In zwei Punkten ist das Schwurgericht unbestreitbar reformbedürftig:

a) Die Beweiswürdigung ist Aufgabe der Geschworenen; gleichwohl haben diese heute keinen Einfluß auf den Umfang der Beweiswürdigung.[11])

b) Der weitere wunde Punkt ist die unzureichende Rechtskenntnis der Geschworenen. Diese wird, wenigstens in komplizierten Fällen, durch die Rechtsbelehrung — mag diese noch so trefflich und klar gegeben werden — nicht ersetzt. Man denke sich einen stud. iur., der nach einem Kolleg über Kindstötung oder betrügerischen Bankerott einen praktischen Fall tadellos entscheiden soll!

Beachtung verdient der von Oetker gemachte, von Mittermaier unterstützte Vorschlag, jeweils einen juristisch gebildeten Richter als Geschworenen mitauszulosen.[12])

Oetker wendet sich zugleich gegen die Bestimmung des Genfer

[11]) Oetker, Ein Vorschlag zur Verbesserung des Schwurgerichts, Gerichtssaal, Bd. 65, S. 335, postuliert hiegegen: „Nach Abschluß der Beweisaufnahme ziehen sich in jedem Falle die Geschworenen zurück, um über etwaige Beweisergänzungsanträge zu beraten. Es bedarf für solche der einfachen, vom Obmann zu bezeugenden Mehrheit. Das Gericht darf den Antrag nur ablehnen, wenn es ihn einstimmig für unerheblich erachtet. Konstatiert der Obmann Einstimmigkeit der Geschworenen, so ist der Antrag schlechthin verbindlich."

[12]) Oetker, Ein Vorschlag zur Verbesserung des Schwurgerichts, Gerichtssaal, Bd. 65, S. (325—337), 330—333; W. Mittermaier, Zur Frage der Schwurgerichte, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. II, S. 23 f.

Gesetzes vom 1. Oktober 1890, Art. 208.[13]) Das Genfer Gesetz wie auch Oetker's Vorschlag sind insofern mangelhaft, als nach beiden nur ein juristisch gebildeter Richter an der Urteilsfällung beteiligt wird. Bei komplizierten und wichtigen Rechtsfällen ist aber eine Mehrzahl juristisch gebildeter Richter wünschenswert, damit Einseitigkeiten in der Rechtsauslegung vorgebeugt wird.

Zur Abhilfe in beiden Reformpunkten wäre wohl folgender Ausweg der beste und einfachste:

An allen Beschlußfassungen des Schwurgerichtshofs nimmt die Geschworenenbank mit beratender Stimme teil; an der Urteilsfindung durch die Geschworenen nimmt der Schwurgerichtshof mit beratender Stimme teil.

§ 38. Die prozessualen Freiheitsgarantien. II.

(Strafzumessung. Strafminima. Unbestimmte Verurteilung.)

I. [1])1. Eine ideale Durchführung des staatsrechtlichen Freiheitssatzes nulla poena sine lege poenali würde dazu führen, daß nur

[13]) wodurch Anteilnahme des Präsidenten an der Geschworenenberatung ohne entscheidende Stimme eingeführt ist. Hiegegen sagt Oetker, Gerichtssaal, Bd. 65, S. 333: „Rechtsbelehrung gehört in die Öffentlichkeit des Sitzungssaals. Mitberatung aber beim Urteile selbst muß zugleich Mitentscheidung sein . . . und von den möglichen Beratern ist der Präsident der ungeeignetste."

Es ist indes nicht abzusehen, weshalb Mitberatung auch Mitentscheidung sein muß. Der pflichtgetreue Richter ist sich seiner Verantwortlichkeit voll bewußt auch dann, wenn seiner Stimme nicht entscheidendes Gewicht zukommt.

[1]) Literatur über Strafzumessung: Finger, Der „objektive Tatbestand" als Strafzumessungsgrund, Allgemeine Österr. Gerichtszeitung, Jahrg. 39 (N. F. 25), 1888, Nr. 19, S. 145—148, Nr. 20, S. 153—156, Nr. 21, S. 161 f., Nr. 22, S. 172 f., Nr. 23, S. 177 bis 179, Nr. 24, S. 185 f.; Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Heft III, 1895, S. 271 bis 291 (Strafbemessung); Högel, Straffälligkeit und Strafzumessung, Wien 1897; Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, S. 207—212; Clausius, Zur Strafzumessung, Gerichtssaal, Bd. 57, 1900, S. 401—441; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 512 f.; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 273 bis 275; Hoegel, Gutachten über das Thema, Die richterliche Strafzumessung verbunden mit der strafrechtlichen Behandlung des Versuchs, Verh. des 28. Deutschen Juristentages, Bd. I, Berlin 1905, S. 3—19; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 7. Aufl., Bd. I, S. 211 (Note 15 zu Teil I, Abschn. 4); M. E. Mayer, Über die Reform der Strafzumessung, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. III, Heft 5/6, 1906, S. 309—317; Lohsing, Strafzumessung und Versuchsstrafe. in H. Groß' Archiv, Bd. 24, 1906, S. 1—14; dazu: Hoegel, Strafzumessung und Versuchsstrafe, ebenda S. 45—54, und: Lohsing, Nochmals Strafzumessung und Versuchsstrafe, ebenda S. 384—388; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des

absolut bestimmte Strafen gegenüber Verbrechen angedroht wären. Denn indem der Richter innerhalb der gesetzlichen Grenzen die Strafe erst nach Maß, nicht selten sogar nach Art, zu bestimmen hat, übt er die Funktion des Gesetzgebers, hat der Satz nulla poena etc. nur beschränkte Geltung. Aber summum ius, summa iniuria; durch absolut bestimmte Strafdrohungen würde der Gesetzgeber meist der Individualität des einzelnen Falles, nach der subjektiven Seite der Schuld, wie nach der objektiven des Erfolgs nur unzureichend gerecht.

Das deutsche Reichsrecht hat indes die Strafrahmen ganz ungebürlich ausgedehnt. Die überwiegende Mehrheit der Vergehen unterliegt einer Strafdrohung von einem Tag bis zu fünf Jahren Gefängnis, der ordentlichen Vergehens-Strafdrohung; ein großer Teil der Verbrechen der Zuchthausstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, der ordentlichen Verbrechens-Strafdrohung. Der Spielraum von mehrtägiger zu mehrjähriger Gefängnisstrafe, von einjähriger zu acht- bis zehnjähriger Zuchthausstrafe (unter Berücksichtigung mildernder Umstände oft von drei Monaten Gefängnis bis zu zehn Jahren Zuchthaus) ist ein so unermeßlicher, der Unterschied der für ein und dieselbe Strafhandlung zulässigen geringsten bis zur höchsten Strafe ist ein qualitativ so verschiedengearteter, daß man sagen muß: wenn der Richter die Bestimmung darüber hat, ob ein Übeltäter auf kurze Zeit aus der sozialen Gemeinschaft ausgeschlossen, im Grunde nur in seiner Freiheit vorübergehend beschränkt wird, oder ob der Verbrecher den besten Teil seines Lebens hinter Gefängnismauern zu verbüßen hat, dann bestimmt nicht der Gesetzgeber, sondern das Gericht das Schicksal des Verbrechers, und der Satz nulla poena etc. — die hierdurch geschaffene staatsbürgerliche Garantie — ist illusorisch.

Aus dieser staatsrechtlichen Idee erwächst das Postulat der Einschränkung der Strafrahmen. Die Strafgrenzen müssen derart bestimmt werden, daß die jeweils angedrohte Höchst- und Mindeststrafe ihrer Intensität nach (wozu insbesonders auch die Strafdauer gehört) sich als eine einheitliche Strafart darstellen.

Dies ist möglich dann und nur dann, wenn die einzelnen Verbrechenstatbestände der Verschuldung mehr angepaßt werden, als dies heute der Fall ist;[2]) und wenn die Grenzen der einzelnen Straf-

Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 327—330 (vgl. auch die Literaturangaben dort, S. 327, Note 1).

[2]) Vgl. oben §§ 25, 28—32.

arten so bestimmt werden, daß die jeweils schwerere Strafart schon in ihrem Mindestmaß die größere Strafdauer gegenüber der milderen Strafart in sich begreift.[8])

2. Je mehr die unbestimmten oder die nur relativ bestimmten Strafdrohungen herrschen, desto bedeutsamer und wichtiger wird die Strafzumessung.

Angesichts der ungemeinen Elastizität der Strafrahmen des heutigen Reichsrechts für die überwiegende Mehrzahl der Strafhandlungen ist daher die richtige Strafzumessung von grundlegender Bedeutung für eine gerechte Wahrnehmung der Strafjustiz; von ihr hängen Gerechtigkeit der Strafe, Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit ab. Statt dessen herrschen auf diesem Gebiete heute Zufall, Willkür, weitestreichende Ungleichheit der Rechtsprechung. Der reine Zufall bringt den Angeklagten, je nach dem Anfangsbuchstaben seines Namens oder dem Ort der Straftat, vor ein mildes oder strenges Richterkollegium (Blutsenat!). Von Umständen, die jenseits der Straftat liegen, von Zufallsmomenten hängt es ab, ob das Gericht durch Besserungs-, Abschreckungs-, Sühne-, Sicherungsideen bei der Strafzumessung geleitet wird, ob dem subjektiven Schuldfaktor oder dem verletzten Rechtsgut ausschlaggebende Bedeutung beigelegt wird, ob der eine oder andere subjektive Faktor gering oden hoch gewertet wird. Auf diese Weise nimmt der Richter bei der Zumessung der Strafe die Stelle des Gesetzgebers ein, — aber eines Gesetzgebers, der nicht von einer grundlegenden Idee geleitet wird, sondern ohne einheitliches Prinzip je nach Sentiments und Ressentiments sein Urteil fällt, das subjektiv durchaus pflichtmäßig gedacht ist, objektiv als Willkürakt empfunden wird und wirkt. Das Schlimmste dabei ist, daß die Richter unwillkürlich sich von dem guten oder ungünstigen Eindruck, den der Angeklagte durch sein Auftreten vor Gericht macht, weitgehend bestimmen lassen; daß ferner das „Leugnen" der Straftat vielfach strafmehrend geahndet wird — der im Bewußtsein seiner Unschuld Verurteilte wird härter gestraft, als der erfahrene Verbrecher, der im Vertrauen auf die ihm bekannte Stimmung der Richter sich zum „reuigen" Geständnis bequemt. Wer die Strafpraxis kennt, dem ist dies alles nichts Neues.

3. Diese Übelstände radikal zu beseitigen, ist indes nicht möglich, weil sie bis zu einem gewissen Grade stets der nur relativ be-

[8]) Vgl. unten §§ 46 f.

stimmten Strafdrohung anhaften. Die relativ unbestimmte Strafdrohung ist aber für die meisten Straftatbestände (für alle Tatbestände, ausgenommen die todeswürdigen Verbrechen) unentbehrlich, weil der Gesetzgeber unmöglich der Individualität eines jeden Falles und einer jeden verbrecherischen Person durch generelle, absolut bestimmte Strafe gerecht werden kann. Es handelt sich daher lediglich darum, jene Übelstände auf ein möglichst geringes Maß herabzudrücken.

Bis zu einem gewissen Grade wird dieses Ziel durch die von mir postulierte Einteilung der Verbrechenstatbestände in vermehrter Anpassung an die Schuld und durch die Reform der Strafdrohungen erreicht.

Weiterhin sind künftig Vorschriften erforderlich, die an Stelle der Willkür in der Strafzumessung Anhaltspunkte aus dem Gesetz für den Richter bieten.

Damit jedoch solche Vorschriften die Freiheit der richterlichen Würdigung nur bis zu dem Grad beschränken, daß das Gericht der Individualität jedes einzelnen Falles noch gerecht werden kann, empfiehlt es sich, jene Vorschriften als Instruktionen zu gestalten. Als Instruktionen in dem Sinne, daß sie den Richter nur für den Regelfall binden, sodaß der Richter bei besonders gearteter Sachlage, deren Vorhandensein im Urteil ausdrücklich näher darzulegen ist, von jenen Vorschriften abweichen darf.

4. Die Vorschriften über die Strafzumessung wären nach folgenden Grundsätzen zu bestimmen:

a) Prinzip des Strafrechts überhaupt, daher auch der Strafzumessung, ist die Bestrafung nach Maßgabe der Schuld.[4])

Die Schuld bestimmt sich in der sittlich-rechtlichen Epoche, der wir zugehören, nach dem subjektiven Faktor des verbrecherischen Willens, der Betätigung der verbrecherischen Gesinnung, und nach dem objektiven des Erfolgs. Beide zusammen bestimmen die Schuld.

b) Als Idee des Gesetzgebers muß erachtet werden, daß im Durchschnittsfalle, wenn besondere Strafmehrungs- oder -minderungsgründe weder mit Bezug auf die Gesinnung, noch im Hinblick auf den Erfolg vorliegen, der Richter auf die Mittelstrafe zwischen angedrohtem Maximum und Minimum erkennen soll.

(Wenn heute in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle, nament-

[4]) Treffend H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch, 6. Aufl., S. 329.

lich bei den Vergehen im engeren Sinn, die erkannte Strafe sich im unteren Teil der Strafdrohung hält, gegen das Strafminimum zu tendiert,[5]) beweist dies, daß die Strafdrohung nach dem herrschenden Rechtsgefühle im allgemeinen zu hoch bemessen ist.)

Die Mittelstrafe muß den Grundtypus der zu erkennenden Strafe bilden.

Hiervon ist nach oben oder unten abzuweichen bei erhöhter oder verminderter subjektiver oder objektiver Verschuldung; jeder Deklinationsgrund soll annähernd die Strafe um ein Viertel des angedrohten Maximums verschieben.

c) Die Gründe, die zur Strafbemessung führen, sind im Urteil einzeln gesondert zu benennen; zugleich ist darzulegen, welchen Einfluß jeder einzelne Grund auf die Strafbemessung gehabt hat.

d) Verletzung der Vorschriften über die Strafzumessung bildet einen Revisionsgrund.

II. Das geltende Reichsrecht kennt eine Reihe von Strafdrohungen mit einem Strafminimum, das zu schwer erscheint.

Dies gilt insbesondere bezüglich des schweren Diebstahls nach § 243 und des rückfälligen Diebstahls nach § 244 RStGB. bei mildernden Umständen in Fällen besonders geringer Strafschuld; dies galt gegenüber der Strafdrohung des § 181, bei der inzwischen durch § 181, letzter Absatz, Remedur geschaffen wurde; dies trifft auch zu gegenüber der Strafdrohung des § 176 Ziff. 3 bei verminderter Zurechnungsfähigkeit des Täters; endlich bei Meineid aus ehrenhafter Gesinnung, mit Pflichtenkollision.

Durch die von mir in dieser Abhandlung postulierten Reformvorschläge würden Unstimmigkeiten dieser Art zwischen Schuld und Strafe beseitigt. Auch nach meinen Vorschlägen würden sich zwar für Gefängnis-, Zuchthaus- und Deportationsstrafe erhebliche, je nach Schwere der Strafart gesteigerte Strafminima ergeben, aber es wäre dafür gesorgt, daß die schwere Strafart (mit dem höheren Strafminimum) dem schwerere Verschulden der mit der schwereren Strafart bedrohten Straftat entspricht.

III. [6])Die unbestimmte Verurteilung wird in zwei Formen

---

[5]) Vgl. dazu H. Meyer-Allfeld, a. a. O. S. 330.

[6]) Literatur: Kraepelin, Die Abschaffung des Strafmaßes, Stuttgart 1880; v. Liszt, Kriminalpolitische Aufgaben, Z. VI, S. 484—498, Bd. X, S. 53—56; Wach, Die Reform der Freiheitsstrafe, Leipzig 1890, S. 38—58, 73—81; Gutachten Gautier und Prins über die unbestimmte Verurteilung, IKV. Bd. V, 1896, S. 62—84; Sternau, Die Abschaffung des Strafmaßes, Z. XIII, S. 17—33; A. Gautier, Pour et contre les

gefordert, entweder als absolute, gleich Abschaffung des Strafmaßes; hiernach hätte an Stelle des Richters die Strafvollzugsbehörde das Strafmaß zu bestimmen; oder als relative, sodaß der Richter auf ein Strafmaximum und -minimum erkennt, innerhalb dessen das Strafvollzugsorgan die in concreto zu verbüßende Strafe bestimmen würde.

Die unbestimmte Verurteilung steht in unvereinbarem Widerspruch mit der staatsrechtlichen Idee der Bürgerfreiheit. Daher ist es denn auch begreiflich, daß die Abschaffung des Strafmaßes überwiegend von Psychiatern[7]) und Gefängnisbeamten gefordert wird, denen jener staatsrechtliche Gedanke nicht zum Bewußtsein gelangt.

Die unbestimmte Verurteilung steht ferner im Widerspruch zu der Grundidee des Strafrechts, Bemessung der Strafe nach der Strafschuld. Denn unwillkürlich würde das Strafvollzugsorgan die Strafdauer nach dem Verhalten des Sträflings in der Haft bestimmen. Überdies ist es ein grundlegender Irrtum, wenn die Anhänger der unbestimmten Verurteilung glauben, die Beobachtung des Sträflings in seiner Sträflingszeit biete eine Gewähr für die richtige Beurteilung seiner sozialen (oder antisozialen) Beschaffenheit. Dagegen muß man sich vor Augen halten, was Wach (in anderem Zusammenhang, zur Widerlegung der kriminalsoziologischen Auffassung, die durch die Strafe auf die antisoziale Gesinnung des Verbrechers einwirken will) über die Strafvollstreckung treffend sagt:[8]) „Die Gefängnisluft ist keines Menschen Element, das Haftlokal kein Tummelplatz für die Bildung des Charakters, die Strafknechtschaft, die aufgezwungene Verneinung jedes eigenen Willens kein Mittel zum Wandel der antisozialen Gesinnung, des penchant au crime, der Gefängniswärter

---

peines indéterminées, Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, Bd. VI, 1893, p. 1—52; R. Schmidt, Die Aufgaben der Strafrechtspflege, Leipzig 1895, S. 290—298; Oetker, Rechtsgüterschutz und Strafe, Z. XVII, S. 577—585; Aschaffenburg, Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, I. Bd., 1904, S. 1—7; v. Liszt, E. F. Klein und die unbestimmte Verurteilung, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. II, S. 133—159; Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung, 2. Aufl., Heidelberg 1906, S. 255—265.

[7]) So vor allem von Kraepelin, Die Abschaffung des Strafmaßes, und von Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung, 2. Aufl., S. 255—265. Siehe auch Aschaffenburg, Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. I, S. 7.

[8]) Wach, Die kriminalistischen Schulen und die Strafrechtsreform, Leipziger Rektoratsrede vom 31. Oktober 1902, S. 31 f.

kein geeigneter Pädagoge und Herzenskünder, der ausgewachsene Sträfling kein empfängliches Erziehungsobjekt. Reue, Buße, innere Läuterung sind unberechenbare, zufällige, glückliche Ergebnisse. Die äußere Schale von Dressur und Fügsamkeit aber, die man so gern als Besserung nimmt, wird abgeworfen, sobald der Druck schwindet, der sie schuf, und Versuchung die alte böse Neigung weckt."

Die unbestimmte Verurteilung ist daher in jeder Form, in der sie postuliert wird, schlechthin zu verwerfen.

Drittes Buch.

Die Strafe.

Siebentes Kapitel.

Wesen und Entwicklung der Strafe.

§ 39. Wesen und Grundentwicklungszüge der Strafe.

1. Seitdem Grotius die Strafe als malum passionis gekennzeichnet hat,[1]) ist die Lehre von der Übelsnatur der Strafe unzählige Male wiederholt[2]) und bis zur Gegenwart festgehalten worden.[3])[4]) Dabei ist bemerkenswert, daß auch die Anhänger der

[1]) Hugo Grotius, De iure belli ac pacis libri tres, lib. II cap. 20 § 1: „. . . Est autem poena generali significatu Malum passionis, quod infligitur ob malum actionis. Nam quanquam pro poena quibusdam injungi opera quaedam solent, ea tamen opera spectantur tantum qua molesta sunt, atque ideo ad passiones sunt referenda".

Vgl. dazu Pfenninger, Der Begriff der Strafe, untersucht an der Theorie des Hugo Grotius, 2. Ausg., Berlin 1897, insbesondere S. 13—18, 126–165, 308–317; L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 101—112. Siehe auch Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 130—133.

[2]) Mit Schärfe: Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, T. I, Erfurt 1799, S. 5 (Strafe ein Übel, welches um begangener gesetzwidriger Handlungen und zwar bloß um dieser willen einem Subjekte zugefügt wird). Siehe auch Feuerbach, Über die Strafe als Sicherungsmittel, Chemnitz, 1800, S. 33.

[3]) ohne daß irgendwie die Paradoxie der Übelszufügung durch den Staat ernstlich urgiert würde. Soviel ich sehen kann, wird das Problem der Rechtfertigung der „Übels"zufügung durch den Staat nur von zwei Seiten aufgeworfen — von Schuppe (Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie, Breslau 1881, S. 339—361) und von Leo Tolstoi (Auferstehung, deutsch von Ilse Frapan und Wadim Tronin, Aus fremden Zungen, 9. Jahrg. 2. Bd., Stuttgart und Leipzig 1899, S. 850). Dabei findet Tolstoi überhaupt keine Antwort auf die Problemfrage, Schuppe (a. a. O. S. 361 bis 366) keine befriedigende Lösung. Anschließend an Tolstoi wirft A. H. v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, Bd. I, S. 73, die Frage auf.

[4]) Mit einer rühmlichen Ausnahme: Binding.

Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, S. 483: „Das Strafrecht ist das Recht des Staates, einem Delinquenten, dessen Tat in den Bereich seiner Normen,

relativen Straftheorien, die den Strafzweck in der auf die Zukunft gerichteten Einwirkung erblicken, die also die Gleichung malum passionis ob malum actionis fallen lassen, gleichwohl an der Übelsnatur der Strafe festhalten.

Abgesehen von der Allgemeinheit und ungenügenden Bestimmtheit jener Charakteristik (sie paßt ja auf jeden wie immer beschaffenen Retorsionsakt!) ist ihr Grundfehler, daß sie keine juristische Bestimmung bildet. „Das Uebel" ist nach Bezeichnung und Inhalt ein kirchlich-sittlicher Begriff, aber kein Rechtsbegriff. Die Strafe als Übel entspricht der sündhaften Verfehlung, nicht dem Rechtsbruch. Es handelt sich aber darum, die Strafe juristisch zu bestimmen.

2. Die Rechtsnatur der Strafe kann nicht aprioristisch-spekulativ gefunden werden, sondern heischt eine empirisch-entwicklungsgeschichtliche Ableitung.[5]) Welche Strafen wurden und werden verhängt? Welche Kennzeichen sind den Strafen gemeinsam und heben sie zugleich gegenüber anderen auf Grund der Rechtsordnung erfolgenden Einwirkungen ab?

Wer mit der herrschenden Lehre von der Rache überhaupt, der Blutrache im besonderen, den Ausgangspunkt der Betrachtung nimmt, kann weder zu einem historisch begründeten, noch zu einem philosophisch einwandsfreien Ergebnisse kommen. Die herrschende Lehre sieht sich einem unlösbaren Dualismus gegenübergestellt. (Weltliches — religiöses Strafrecht; jenes als Blutrache, dieses als Friedloslegung, Steinigung oder anderweite Tötung durch die Gemeinschaft manifestiert.) Die herrschende Lehre vermag das Seltsame, jeder Ethik und Kulturentwicklung Widersprechende der strafrechtlichen Vergeltungsidee, der „Übelszufügung" an den Verbrecher

---

dessen Person in den Bereich seiner Strafgewalt fällt, und der die ihm auferlegte Einbuße als solche zu empfinden vermag, Rechte oder Rechtsgüter zu nehmen." Siehe dazu Binding, Grundriß, Allg. Teil, 6. Aufl., S. 184: „Strafe ist eine Einbuße an Rechten oder Rechtsgütern, welche der Staat einem Delinquenten von Rechts wegen auflegt zur Genugtuung für seinen irreparablen Rechtsbruch, um die Autorität des verletzten Gesetzes aufrechtzuerhalten."

Vgl. übrigens auch v. Bar, Handbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 321: „Denn nicht der Schmerz des Verbrechers ist das Wesentliche (scil. der Strafe), sondern die aktive Mißbilligung."

[5]) Die Etymologie, die sonst meist Dankenswertes ergibt, versagt hier. Siehe Kluge, Etymologisches Wörterbuch der Deutschen Sprache, 5. Aufl., Straßburg 1894, S. 365; Heyne, Deutsches Wörterbuch, Bd. III, Leipzig 1895, S. 847 f.; Paul, Deutsches Wörterbuch, Halle a/S. 1896, S. 443.

nicht aufzuhellen.[6]) Da mag man denn — von der irrigen Prämisse aus ganz logisch — mit Vargha zu dem utopischen Postulate kommen: Aufhebung der Strafknechtschaft! Ersatz der Vergeltungs- durch Bevormundungsstrafe![7])

3. Die historische Begründung des Strafrechts durch die herrschende Lehre ist eine irrtümliche. Der Irrtum ruht nicht in der historischen Forschung selbst, sondern in der irrigen rechtsphilosophischen Deutung richtig beobachteten Materials. Man hat gefunden, daß Taten, die bei fortgeschrittener Kultur schwere Verbrechen darstellen (Tötung, Verletzung, Schändung), in den primitiven Rechtsordnungen (nur) der Folge der Blutrache unterliegen. Daraus schließt man, daß die Blutrache die primitive Form eines staatlichen Strafrechts bilde, das in Ermanglung von Exekutionsorganen durch den Verletzten selbst und seine Angehörigen betätigt worden sei, oder daß zumindest die Blutrache die Vorläuferin des Strafrechts darstelle.

In Wahrheit sind jene Taten bei primitiver Rechtskultur überhaupt nicht Verbrechen, sondern Schädigungen rein privatrechtlicher Natur. So wie heute die fahrlässige Sachbeschädigung oder irgendwelches privatrechtliche Delikt und Quasidelikt. Folge der Tat ist lediglich der **private** Genugtuungsanspruch, der ursprünglich im Wege der Selbsthilfe realisiert wird, wie überhaupt bei primitiver Rechtskultur das materielle Recht stets früher zur Ausbildung gelangt als der Prozeß.[8])

Und wenn Tötung und andere Schädigungen des Einzelnen als öffentliche Verbrechen betrachtet und geahndet werden, ist es regelmäßig nicht die Schädigung des Einzelnen, auf Grund deren die Tat zum Verbrechen gestempelt wird, sondern die sündhafte Qualität der

---

[6]) Auch der von Oetker, Rechtsgüterschutz und Strafe, Z. Bd. XVII, S. 493 bis 549 gewählte Ausweg gibt hier keine Lösung. Oetker sagt (S. 549): „Dem üblichen Paradoxon, die Strafe sei Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung, ist indirekt schon in früherer Ausführung entgegengetreten. Das Delikt ist Rechtsgüterverletzung, nicht die Strafe. Der Staat wäre sonst ein Verbrecher im größten Stile, in jeder Strafe würde das Delikt repetieren. Die Strafe verletzt nicht ein Rechtsgut, sondern entzieht dem Verbrecher die Schutzwirkung eines solchen." Aber der Verurteilte wird ja durch die Strafe in Wahrheit nicht des Schutzanspruches auf Freiheit oder Leben verlustig, vielmehr wird ihm in Form Rechtens die Freiheit entzogen das Leben genommen, Geld weggenommen.

[7]) Vargha, Die Abschaffung der Strafknechtschaft, II. T., Graz 1897, S. 121 ff.

[8]) Vgl. hiezu die eingehende Darlegung bei Berolzheimer, System, Bd. IV, § 21, S. 133—144.

Handlung (bei religiös-rechtlicher Kulturauffassung), der Friedensbruch, als welcher die Handlung sich manifestiert.

4. Die Bestrafung, das echte Strafrecht nimmt den Ausgangspunkt nicht von der Rache des Einzelnen gegenüber dem Schädiger, sondern von der Reaktion der Gemeinschaft gegenüber dem Verbrecher. Der Verbrecher aber erweist sich als ein Mensch, der für gemeinschädlich erachtet wird, der in die herrschende Rechtskultur nicht hineinpaßt, der den Zorn der Menschen und den Unwillen der Götter hervorruft durch sein kulturwidriges Tun, der sich als Ungenosse erweist durch sein Verhalten. Und der demgemäß als Ungenosse behandelt wird durch die Gesamtheit. Unter Einwirkung religiöser Ideen wird — nicht etwa „Rache" geübt für erlittene Unbill, nicht eine Untat „vergolten" — vielmehr wird die Gesamtheit expiiert, entsühnt, durch Ausmerzung des schwürigen Glieds: Opferung, Tötung, Friedloslegung.

Diese Sühne- und Entsühnungsidee ist indischen Ursprungs, wie sie überhaupt mit der Reinheitside der indischen Philosophie in engem Zusammenhang steht. Von dort aus hat sie in die anderen Kulturzentren des Altertums Eingang gefunden.[9])

Es ist bemerkenswert, daß auch die Vermögensstrafe (im Gegensatz zur Geldbuße, zur Komposition des privatrechtlichen Delikts) sich völlig innerhalb jenes Ideenkreises entwickelt, der der Friedlosigkeit zugrunde liegt. Die Vermögensstrafe ist im Grunde nichts anderes als Bestandteil der Friedlosigkeit oder als partielle Friedloslegung. Das Vermögen wird nicht etwa konfisziert, zu Gunsten der Gesamtheit eingezogen, vielmehr gewüstet, ausgemerzt.

5. Der Verbrecher erweist sich als Ungenosse und darum wird er als Ungenosse behandelt. Dies ist der Kern des echten Strafrechts der älteren Strafkultur. Die indisch-griechische Sühneidee (die bei Entstehung des Strafrechts allenthalben herrschen mochte, aber in der indischen und — wohl in Abhängigkeit hiervon — in der griechischen Vorstellungswelt ganz besonders deutlich zu Tage trat) ist lediglich Einkleidung, bildet das religiöse Gewand, das den Rechtserscheinungen bei junger Kultur stets anhaftet.

Es ist die Persönlichkeit des Verbrechers, die nach der Kulturauffassung einer bestimmten Zeit in die Gemeinschaft nicht mehr paßt. Und darum wird diese Persönlichkeit vernichtet: sei es durch Tötung, Opferung des Verbrechers, sei es durch seine Friedlos-

[9]) Vgl. oben § 8.

legung. Mag im zweiten Fall der Mensch selbst, der Verbrecher, zugleich getötet werden oder nur vogelfrei sein, seine Persönlichkeit im Rechtssinne ist bei Friedloslegung ebenso vernichtet, als bei der körperlichen Tötung.

Darin besteht das primitive echte Strafrecht. Und es erweist dieselben Wesenszüge, die dem Recht jeder primitiven Kultur anhaften, — es ist undifferenziert. Undifferenziert ist die Schuld, undifferenziert ist die Strafe. Es gibt nur eine Verbrechensart, Kapitalverbrechen; es gibt nur eine Art der Bestrafung, Kapitalstrafe.

Wie allenthalben fortgeschrittene Rechtskultur in der Differenzierung zu Tage tritt, so auch im Strafrecht. Es erwachsen Abstufungen der Schuld und damit Abstufungen der Strafe. Zu der Kapitalstrafe, der **Vernichtung der Persönlichkeit**, treten Strafen minderer Schwere hinzu, die sich als bloße **Minderung der Rechtspersönlichkeit** („Entziehung von Rechtsgütern") darstellen: Minderung der rechtsartifiziellen Kraftposition des Verbrechers, zum Ausgleich der zuvor durch ihn betätigten Überhebung.

6. Das Eindringen milderer Bestrafung in das Recht mag dadurch vermittelt worden sein, daß Handlungen, die nach primitivem Strafrecht für privatdeliktisch galten, privater Rechtsreaktion unterlagen, späterhin, bei fortgeschrittener Rechtskultur, als die Gemeinschaft unmittelbar mitangehend erachtet wurden, zu öffentlichen Verbrechen erhoben worden sind: einfache Tötung, Schändung, furtum.

Auf diese Weise erwuchsen Verbrechenstatbestände, die den echten Verbrechen zugezählt wurden, aber doch nicht Kapitalverbrechen bildeten.

7. Die Art der Bestrafung ist abhängig vom jeweiligen Kulturstande.

Hierbei ist zu beachten, daß die Kulturentwicklung überhaupt, jene des Strafrechts im besonderen, nicht in logischem Flusse, sondern in historischer Gestaltung sich entfaltet hat. Also nicht immer kontinuierlich, nicht ohne Rückschläge. Natura non facit saltus, sed historia. Insonderheit ist zu beachten, daß das germanische Recht sich ursprünglich abseits und unbeeinflußt von den geistigen Zentren des klassischen Altertums entwickelt hat.

Wie bei der Strafschuld, so ergeben sich auch bei der Strafdrohung grundlegend drei Epochen:

Religiös-rechtliche Periode: der sündhafte Mensch, der als *μίασμα* die Gemeinschaft befleckt, wird geopfert oder ausgestoßen;

Opfertod, Friedloslegung (meist als Abschwächung des Opfertodes).

Anethische Rechtsgestaltung: äußerliche Gleichsetzung von Schuld und Strafe, Talion.

Sittlich-rechtliche Struktur: Vorherrschen der Freiheitsstrafe.

§ 40. Religiös-rechtliche Epoche: Opfertod und Friedlosigkeit als Grundformen staatlicher Strafe.

[1])1. Allenthalben erweist das Recht eine erste Kulturperiode, in der Recht und Kult in Eins verschmolzen sind. In dieser Zeit

---

[1]) Literatur über Opfertod und über Friedlosigkeit:

Wilda, Das Strafrecht der Germanen, Bd. I, Halle 1842, S. 278—313; Osenbrüggen, Das Alamannische Strafrecht, Schaffhausen 1860, S. 60—64; v. Amira, Das Altnorwegische Vollstreckungsverfahren, München 1874, S. 1—168; Post, Der Ursprung des Rechts, Oldenburg 1876, S. 103; Post, Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft, Bd. I, Oldenburg 1880, S. 137 f.; Post, Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte, Oldenburg 1884, S. 32, 388—399; Post, Afrikanische Jurisprudenz, Oldenburg und Leipzig 1887, Teil II, S. 24—26; v. Bar, Handbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 11 f., 27, 28 f., 56 f.; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I (Leipzig 1887, S. 166—177), 2. Aufl., 1906, S. 232 bis 251, Bd. II, 1892, S. 590—598; Brunner, Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechtes, Ges. Aufsätze, Stuttgart 1894, S. 444—481, Abspaltungen der Friedlosigkeit (aus: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germ. Abt. XI, 62 ff.); J. Kohler, Studien aus dem Strafrecht, II, Das Strafrecht der Italienischen Statuten vom 12.—16. Jahrhundert, Allg. Teil, 1. Hälfte, Mannheim 1895, S. 56—80; Mommsen, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, insbesondere S. 590, 592, 934—938; Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, 4. Ausg. von Andr. Heusler und Rud. Hübner, Bd. II, Leipzig 1899, S. 332; Kohler, Das Recht der Marschallinsulaner, ZRV. Bd. 14, 1900, S. 448; v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts, 2. Aufl., 2. Abdr., S. 145—147, 151 (über Friedlosigkeit), 147 f. (Todesstrafe als Kultakt); R. His, Das Strafrecht der Friesen im Mittelalter, Leipzig 1901, S. 174—190; Rich. Schröder: Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., Leipzig 1902, S. 75 bis 79, 339—342, 757; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, insbesondere S. 18—39, 447—452; Brunner, in Mommsen, Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker, Leipzig 1905, S. 56 f., 59—61; Kulischer, Untersuchungen über das primitive Strafrecht,| ZRV. Bd. 16, S. 417—475, Bd. 17, 1905 S. (1—22), 3—12; Heinrich Swoboda, Beiträge zur griechischen Rechtsgeschichte, Weimar 1905, S. 1—42, 133—136 („Kritisches zur Ächtung". Auch in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung, 26. Bd., Roman. Abt., Weimar 1905, S. 149—190, mit Nachtrag, S. 281—284); Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, S. 158—160, 184, 217—225, (276—281, 320); Maurer, Vorlesungen über altnordische Rechtsgeschichte, aus dem Nachlaß herausg. von der Gesellschaft der Wissenschaften in Kristiania, Bd. I, 1. Hälfte, Altnorwegisches Staatsrecht, Leipzig 1907, S. 390—401.

wird der Begriff der verbrecherischen Persönlichkeit religiös-rechtlich erfaßt: der Verbrecher bedeutet ein μίασμα für die Gemeinschaft, von dem die religiös-rechtliche Gemeinschaft entsühnt werden muß.[2]) Das Verbrechen erscheint als unheilige Tat, als Frevel gegenüber der Gottheit.[3])

Daher wird die Gemeinschaft entsühnt durch Opfertod des Verbrechers oder durch seine Ausstoßung aus der Gemeinschaft, durch Friedlosigkeit.

Opfertod und Friedloslegung sind universalrechtliche Erscheinungen.[4])

2. Die Friedloslegung ist eine Abschwächung des Opfertodes.

Im römischen Recht hat die Hinrichtung ursprünglich religiösen Charakter, ist aus dem Menschenopfer, das zur Entsühnung dargebracht wurde, hervorgegangen.[5]) Die Ächtung erscheint als Todesstrafe mit populärer Exekution, jedermann ist zur Vollstreckung des Spruchs aufgerufen.[6])

Bei der Perduellion tritt der Täter durch die Tat selbst aus dem Bürgerverband über in den Kreis der Landesfeinde.[7]) Man hat deshalb die perduellio als den Kriegszustand des Einzelnen gegenüber dem Gemeinwesen bezeichnet.[8]) Der Feind oder Fremde ist nach altem Recht friedlos; bei den Urvölkern bezeichnet oft ein Wort den Fremdling, den Feind und den Verbrecher.[9]) Folge des Verbrechens ist stets Vernichtung der Persönlichkeit (des Verbrechers) im Rechtssinn. Das Gemeinwesen wird entsühnt durch Tötung des Verbrechers oder durch seine Friedloslegung, Ausstoßung, Feindmachung.

Auch im germanischen Recht ist die Todesstrafe ursprünglich

---

[2]) Vgl. oben § 8, Ziff. 2.

[3]) Vgl. oben § 21, sub II, 2.

[4]) Siehe die Literaturangaben in Note 1, vornehmlich Post, Kohler, Makarewicz. Vgl. insbesondere Post, Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte, S. 32, 388—399; Post, Afrikanische Jurisprudenz, Teil II, S. 24.

Über die Friedlosigkeit bei den vedischen Ariern siehe Zimmer, Altindisches Leben, Berlin 1879, S. 185; vgl. dazu Berolzheimer, System, Bd. II, S. 58.

[5]) Vgl. Mommsen, in Mommsen, Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker, S. 6.

[6]) Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 934 f.

[7]) Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 590.

[8]) So v. Bar, Handbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 11. („Duellum = bellum; Perduellis = arger Feind.")

[9]) Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, S. 276.

Kultakt.[10]) Im germanischen Recht hat aber die Friedloslegung ganz besonders weitreichende Ausbildung erfahren;[11]) gleichwohl dürfte man zu weit gehen mit der Annahme, daß sich die Todesstrafe als Sühnetod aus der Friedlosigkeit abgespaltet habe.[12]) Vielmehr ist auch im germanischen Recht die Friedlosigkeit nichts anderes als eine besonders zu vollziehende Todesstrafe, eine Todesstrafe, bei der Recht und Pflicht der Exekution jedem Genossen zukommen. „Der Friedlose kann nicht nur, sondern soll von jedermann verfolgt werden. Die Ächtung mit Fluchtfrist ist jüngere Abschwächung."[13])

3. Die religiös-rechtliche Vernichtung des Verbrechers ist nicht auf seine Persönlichkeit beschränkt, sie umfaßt die persona im Rechtssinne, erstreckt sich auch auf das Vermögen.

Bei der perduellio des römischen Rechts fällt das Vermögen des Täters im Augenblick der Tat von Rechts wegen an den Staat.[14])

Auch die Friedlosigkeit des germanischen Rechts erstreckte sich zugleich auf das Vermögen des Verbrechers; dieses unterlag der Wüstung oder Fronung (Konfiskation). Die Wüstung stand unter der Idee der Expiation.[15])

In anderen primitiven Rechten findet sich gleichfalls die Wüstung gegenüber dem Vermögen des Verbrechers.[16]) Die Friedlosigkeit

---

[10]) Siehe v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts, S. 147 f.

[11]) Vgl.: Post, Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte, S. 389; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, 2. Aufl., S. 232—245; Brunner, in Mommsen, Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker, S. 56 f., 59—61. Siehe auch Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 19 f., 23 f.

[12]) So Brunner. Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechtes, Abspaltungen der Friedlosigkeit, S. 454; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, 1. Aufl., S. 174 f.; ähnlich 2. Aufl., S. 245.

[13]) Brunner, in Mommsen, Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker, S. 59. Vgl. auch Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, 2. Aufl., S. 232. Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, S. 75 f.: Der Friedensbrecher wird „. . . bei schweren Friedensbrüchen . . . zum Feind des Volkes, der Götter, des Königs, der unbedingt getötet werden sollte. Die Friedlosigkeit muß gleichbedeutend mit der Todesstrafe gewesen sein."

[14]) Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 592.

[15]) Brunner, in Mommsen, Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker, S. 61; Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, 2. Aufl., S. 235—238.

Über Wüstung in Verbindung mit Friedloslegung siehe auch v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts, S. 147; vgl. ferner Schröder, Lehrbuch, S. 757, über Wüstung und Vermögenseinziehung im Mittelalter.

[16]) Über die Wüstung nach anderen primitiven Rechten vgl.: Kohler, Studien aus dem japanischen Recht, ZRV. Bd. 10, 1892, S. 378 (Wüstung des für sündhaft

verneinte eben die Rechtspersönlichkeit des Friedlosen nach jeder Richtung.[17])

Späterhin tritt Milderung der Friedlosigkeit ein, vornehmlich bei nichthandhafter Tat.[18])

4. Die Kulturentwicklung überhaupt und nicht minder die rechtskulturelle vollziehen sich nicht nach utilitarischen Zweckerwägungen, sondern nach jenem historischen Gesetz, das sich auch in der Natur allenthalben zeigt: stets bleiben Rudimente aus früheren Zeiten bestehen. So hat sich die Friedlosigkeit, mit mannigfachen Abschwächungen, weit über die religiös-rechtliche Periode hinaus erhalten. Das deutsche Mittelalter weist weitreichende Spuren der Friedlosigkeit auf, insbesondere in der Vermögenswüstung. Noch in allen älteren italienischen Statuten findet sich die Friedlosigkeit, und zwar hier, wie schon im alten Recht, als solche latae und als solche ferendae sententiae.[19]) Auch hier ist mit der Ächtung meist Wüstung des Vermögens verknüpft.[20])

5. In der Neuzeit schwindet die Friedlosigkeit aus der Rechtsordnung völlig; die der Friedlosigkeit zugrunde liegende Rechtsidee bleibt aber unverändert im Strafrecht lebendig: die Friedloslegung ist nach der rechtlichen Seite Vernichtung der Rechtspersönlichkeit des Verbrechers. Das Recht hält in allen Zeiten unverändert daran fest, daß Kapitalverbrechen die Vernichtung des Verbrechers zur Folge haben. Die Differenzierung bringt Verbrechen geminderter Strafschuld zur Anerkennung; mit der geringeren Schuld erwächst die Möglichkeit milderer Bestrafung durch bloße Minde-

---

erachteten Vermögens des Verbrechers nach ältestem japanischen Recht); Kohler, Das Recht der Marschallinsulaner, ZRV. Bd. 14, 1900, S. 448.

[17]) v. Amira, Altnorwegisches Vollstreckungsverfahren, S. 11.

[18]) Vgl. Schröder, Lehrbuch, S. 341.

Über die Útlegð des norwegischen Rechts vgl. v. Amira, Das Altnorwegische Vollstreckungsverfahren, S. 45—78, 48. Die Útlegð ist die Friedlosigkeit, die erst dann verwirklicht wird, wenn der Schuldige Bußleistung ablehnt. Bei der Útlegð verwirkt der Friedlose nur die fahrende Habe, nicht auch das unbewegliche Gut (v. Amira, a. a. O. S. 107—110). Über Friedlosigkeit nach norwegischem und isländischem Recht (überhaupt): Maurer, Vorlesungen über altnordische Rechtsgeschichte, Bd. I, 1. Hälfte, S. 390—401. Vgl. auch Brunner, Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts, Abspaltungen der Friedlosigkeit, S. 452—454, über die sühnbare Friedlosigkeit der nordischen Rechte; ferner S. 459 über die Abschwächung der Friedlosigkeit zur Verfestung; S. 463 f. über Milderungen und Abspaltungen der Friedlosigkeit.

[19]) Siehe Kohler, Studien aus dem Strafrecht, II, S. 56—58.

[20]) Siehe Kohler, Studien aus dem Strafrecht, II, S. 65—71.

rung der Rechtsstellung, der Rechtspersönlichkeit des Verbrechers. Der Verbrecher hebt sich über das Durchschnittsmaß der Rechtsgenossen; die Strafe versetzt ihn unter die Durchschnittsstellung der rechtlich Vereinten. Die Formen des Verbrechens und der Strafe wechseln, die Rechtsidee des Verbrechens und der Strafe beharrt.

§ 41. Anethische Strafgestaltung: Äusserliche Gleichsetzung von Schuld und Strafe (Talion). — Der Strafantrag als Rudiment der Talionsperiode.

[1])1. Der Austauschverkehr steht bei rein rechtlicher Fixierung unter der Idee des Äquivalents oder der Entgeltung:[2]) die Leistung wird durch gleichwertige Gegenleistung äquipariert. Soweit das Strafrecht rein rechtlich gestaltet ist — in der Zeit nach Abschluß der religiös-rechtlichen und vor Beginn der sittlich-rechtlichen Periode — steht die Strafidee völlig im Banne des Entgeltungsgedankens: die negative Leistung oder Rechtsschädigung wird durch gleichwertige Schädigung äquipariert. Diese Art der Entgeltung heißt technisch **Talion**.

Die Entgeltung findet sich in mehr oder minder scharfer Ausprägung in allen Rechtsgebieten; ihre Heimstätte ist aber das Obligationenrecht. Sie ist die Gerechtigkeitsidee, wie sie sich vor allem

---

[1]) Literatur: Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter, Zürich 1858, S. 185, Ziff. 260; Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter, Nördlingen 1864, S. 336 bis 340, Ziff. 294—329; R. Loening, Literaturbericht über Geschichte des Strafrechts und Strafprozesses, Z. V, S. 210—237; Kohler, Studien aus dem Strafrecht, II, S. 136 bis 141; L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. I, Erlangen 1889, S. 26 bis 30, 37—42, 44 f., 56—62, 68, 87, 94 f., 103—135, 151 f., 188—195, 220—240, 289—292; Abt. II, Erlangen 1891, S. 20—74; Abt. III, 1. Hälfte, Erlangen 1895, S. 325 bis 381, 382—474, 475—500; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1892, S. 603—607 (über Leibesstrafen); A. Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, Bd. I, Abt. 1, Leipzig 1895, S. 29, 91 f.; Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, 4. Ausg. von Andr. Heusler und Rud. Hübner, Leipzig 1899, Bd. II, S. 210 f., 266, 343 (über Talion), S. 287—301 (über Leibesstrafen); Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 496 f., 802; Rich. Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., S. 762; Kohler, Rechte der deutschen Schutzgebiete, VI. Das Recht der Hottentotten, ZRV. Bd. 15, 1902, S. 353; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 51, 52, 54; Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, S. 227—230, 247 ff.

[2]) Über Entgeltung vgl. Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, an den dort auf S. 530 angeführten Stellen; Rechtsphilosophische Studien, S. 94—98; System, Bd. IV, S. 103 f.

im Austausch offenbart, wo das Rechtsgeschäft als das äußere Band erscheint, innerhalb dessen zwei gleichwertige Leistungen die Person des Rechtsträgers wechseln. Sofern daher die Talion im Strafrecht herrscht, steht dieses im Bannkreise der Deliktsobligation, erscheint das Strafrecht nicht personal, wird es vielmehr vorwiegend real, rein objektiv erfaßt: die auf negative Werte gerichtete Unrechtsleistung wird erwidert. Das Strafrecht ist seines spezifischen personalen Charakters entkleidet, gleichsam zur zivilrechtlichen Dependenz herabgedrückt.

2. Hieraus ergibt sich der Umkreis der Handlungen, welche das eigentliche Feld, das Grundgebiet der Talion ausmachen: Tötung und Körperverletzung.

Vorbildlich ist 2. Buch Mos. Kap. 21 Vers 23—25. Das ägyptische Recht setzt zwar Todesstrafe für Mord, hat aber gegenüber Körperverletzung die echte Talion nicht.[3]) Auch im indischen Recht findet sich die echte Talion nicht.[4]) Die ägyptische und indische Rechtskultur waren so intensiv vom ethischen Gedanken getragen, daß sie zu der in der Talion offenbarten Anethisierung des Strafrechts nicht gelangten. Hingegen hat Griechenland die Talion bei Körperverletzungen nach den Gesetzen des Charondas aus Katoma, in der Mitte des 7. Jahrhunderts.[5])[6]) Das römische Recht kennt schon für den schwersten Fall der Zwölftafel-Injurie, bei Verstümmelung eines Freien, die Talion.[7]) Das Islamrecht setzt Talion bei absichtlicher Körperverletzung.[8])

Das ältere germanische Recht enthält die Talion;[9]) das alte deutsche Recht hat die Talionsidee übernommen,[10]) die auch im deutschen Rechtssprichwort Ausdruck fand.[11])

---

[3]) Siehe L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. I, S. 26, 29.

[4]) Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. I, S. 37—42.

[5]) Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. I, S. 87.

[6]) Aristoteles untersucht und verwirft das Talionsrecht im 5. Buch der Nikom. Ethik. Vgl. dazu Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. I S. 103—135.

[7]) Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 802.

Vgl. auch Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. I, S. 113—116, 121 bis 126. Über Talion nach neuerem römischen Recht siehe daselbst S. 151 f.

[8]) Kohler, Neue Beiträge zum Islamrecht, ZRV., Bd. 12, 1897, S. 90; Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. I, S. 68.

[9]) Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. I, S. 188—195.

[10]) Vgl. Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, 4. Ausg., Bd. II, S. 210 f.; Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. I., S. 220—240.

[11]) Siehe Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter, S. 185, Ziff. 260.

(Die Carolina hat die analoge Talion für verschiedene Verbrechen ausdrücklich statuiert.)[12] Die italienischen Statuten enthalten gleichfalls die Talion und zwar namentlich bei Körperverletzungen.[13] Auch nach der Carolina bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts äußert sich die Talionsidee im deutschen Recht gegenüber der rechtswidrigen Tötung, während sie bei Körperverletzungen selten wird.[14]

3. Die Entgeltungsidee offenbart sich in der Erstreckung der Bestrafung über die echte Talion hinaus zur analogen Talion und zur talionsähnlichen Strafe. Unter den Fällen der analogen Talion ist am bedeutsamsten die Talion gegenüber falscher Anschuldigung. Auch sie führt auf das mosaische Recht zurück: 5. Buch Mos. Kap. 19, Vers 18, 19, 21. Die analoge Talion bei falscher Anschuldigung besteht aber bereits im ägyptischen Recht[15] und ist wohl von da in die mosaische Gesetzgebung gelangt.

Im römischen Recht taucht sie erst spät auf, in nachkonstantinischer Zeit, insbesondere gegenüber grundlosen Kapitalanklagen.[16]

Die Carolina kennt die analoge Talion bei falschem Zeugnis, Meineid in Strafsachen, Pasquill, vorsätzlicher Gefangenenbefreiung.[17]

Die italienischen Statuten haben analoge Talion vornehmlich gegenüber falscher Anklage und Gefangenenbefreiung.[18]

Die analoge Talion erhält sich im deutschen Recht bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts und vereinzelt darüber hinaus, insbesondere gegenüber falscher Anschuldigung, Meineid in Strafsachen, Entweichenlassen von Gefangenen.[19]

4. Die talionsähnliche Strafe ist von der analogen Talion nicht immer scharf zu scheiden. Die talionsähnliche Strafe ist die

---

[12] CCC. Bamb.
Art. 68. 79.
Art. 107. 128.
Art. 110. 134.
Art. 180. 206.
Siehe unten sub 3.

[13] Kohler, Studien aus dem Strafrecht, II, S. 136.

[14] Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 20 f.

[15] Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. I, S. 28.

[16] Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 496 f.

[17] Siehe die Allegate, oben, Note 12. Vgl. dazu Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. I, S. 289--292.

[18] Kohler, Studien aus dem Strafrecht, II, S. 137—141.

[19] Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 24—74; 327 ff.

Bestrafung an dem Glied, mit dem die Missetat begangen wurde. Diese Bestrafung findet sich schon im altindischen Recht als Verstümmelung des Glieds, das als Werkzeug des Verbrechens erscheint;[20]) sodann im ägyptischen Recht, namentlich — aber nicht ausschließlich — als Kastration;[21]) auch 5. Buch Mos. Kap. 25, Vers 11 und 12. Ferner im griechischen Recht gemäß altgriechischer Anschauung als Verstümmelung des Gliedes, mit dem das Verbrechen begangen wurde.[22])

Auch im alten deutschen Recht findet sich vielfältig talionsähnliche Bestrafung; die meineidige Hand wird abgehauen, die verräterische Zunge ausgerissen, das lügenhafte Maul geschlagen, dem Mordbrenner Feuertod zuerkannt etc.[23])

Als symbolische Talion kann man die Strafe des Rads betrachten, die den trifft, der den fahrenden Mann angreift.[24])

5. Die Talion ist herrschende Strafart in einer rohen, veräußerlichten Kultur, der die Sinnenfälligkeit im Vordergrund steht. Die Persönlichkeit, die sich in Strafschuld betätigt und Strafe erleidet, wird in ganz äußerlicher Weise erfaßt. In solchen Zeiten kann wohl die Abschreckungstheorie Anerkennung finden, um der rohen Strafgesetzgebung den Mantel der Gerechtigkeit überzuhängen.[25])

Auch bei der Talion offenbart sich die Eigenart der Strafgerechtigkeitsidee als wachsende Proportion zwischen Schuld und Strafe (Strafe nicht gleich der Schuld, sondern schwerer als das Verschulden).[26]) Schuld und Strafe sind bei der Talion äußerlich gleich, in der subjektiven Wirkung wiegt für den Verbrecher die erlittene Talionsstrafe weit schwerer, als seine Schuldhandlung.

---

[20]) Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. I, S. 37—42.

[21]) Vgl. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. I, S. 29 f.; Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, S. 230.

[22]) Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. I, S. 94 f.

[23]) Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, 4. Ausg., Bd. II, S. 343.

[24]) Vgl. das Allegat bei Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, 4. Ausg., Bd. II, S. 266.

[25]) Deutsche Rechtssprichwörter:

„Wer Einen straft, straft Hundert.

Ich tödte Einen Bösewicht und bezwinge Viele mit seinen Peinen.

Der Übeltäter Tod ist der Frommen Gnade.

Mit dem Gewette warnt man das Volk.

Wo keine Furcht, da ist keine Zucht." (Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter, Nördlingen 1864, S. 340, Ziff. 330—334).

[26]) Vgl. oben § 10.

6. Die Talion entspricht der Rechtsepoche zwischen religiös-rechtlicher und sittlich-rechtlicher Gestaltung. Sie ist ein Übergangsstrafrecht. Sie herrscht im Strafrecht zu jener Zeit vor, aber sie erschöpft nicht das Strafrecht. Aus der religiös-rechtlichen Periode ragt die Idee der rein publizistischen Strafschuld und der öffentlichen Kapitalstrafe (Tötung oder Friedloslegung) bedeutsam in die Zeit anethischer Strafgestaltung herein und bildet den strafrechts-kulturellen Hintergrund, von dem aus die publizistisch-private Strafschuld- und Strafvollzugs-Auffassung sich abheben.

7. Andererseits ist die Idee der Talion aus dem Strafrecht nicht mehr völlig geschwunden, sie ist in Abschwächungen erhalten geblieben; so als Retorsion, vornehmlich aber in den Antragsdelikten, die zur Zeit der Talionsübung selbst sich nur vereinzelt finden.[27])

Die Antragsdelikte[28]) erklären sich lediglich aus der Idee der Individualvergeltung. Sie stehen in schroffem Widerspruch zu der sittlich-rechtlichen Auffassung der verbrecherischen, der Strafschuld. Das Gutdünken, das individuelle Vergeltungsgefühl, das Ressentiment des Verletzten wird zum entscheidenden Faktor darüber, ob der staatliche Strafapparat in Wirksamkeit tritt oder nicht. Mit der modernen, rein publizistischen Auffassung von Strafschuld und Strafe ist dies in keiner Weise vereinbar. Auf die Inkonsequenz, daß lediglich bei einem Teil der Antragsdelikte der Strafantrag zurückgenommen werden kann, sei nur nebenher verwiesen.

Strafantrag (und Privatklage) sind mit der modernen Strafauffassung unverträglich; sie widerstreiten der sittlich-rechtlichen Auffassung der Strafschuld, wie der Auffassung der Strafe. Legislativpolitisch ergibt sich die Forderung, entweder Strafantrag und Privatklage völlig zu beseitigen, und demgemäß die

[27]) Nach der PGO. in vier Fällen: Ehebruch, Entführung, Notzucht, Familiendiebstahl. Nach gemeinem Recht weiter bei Beleidigung und Kindesunterschiebung.

[28]) Literatur: Gutachten Thomsen (Hannover) über die Frage, Empfiehlt sich eine Beschränkung der Antrags-Verbrechen und -Vergehen des Deutschen Strafgesetzbuchs?, Verh. des 12. Deutschen Juristentages, Bd. II, 1875, S. 193—222; Gutachten John über die Frage, Sind die Antragsverbrechen überhaupt legislatorisch zu rechtfertigen?, ebenda S. 223—267; A. Köhler, Die Lehre vom Strafantrag (Beling's strafrechtliche Abhandlungen, Heft 18), Breslau 1899; Binding, Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allg. Teil, 6. Aufl., S. 84—88 (Literaturangaben dort S. 84 f.); Frank, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 3./4. Aufl., zu § 61, S. 111—115; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, I, S. 192—206; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 194—199; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 7. Aufl., zu § 61; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 245 f. (Literaturangaben dort S. 245 f., Note 1).

Antragsdelikte des geltenden Rechts aufzuheben, soweit kein rein publizistisches Interesse an der Bestrafung besteht, im übrigen in Offizialdelikte umzuwandeln; oder an Stelle des Strafantrags und der Privatklage die behördliche Ermächtigung zu setzen, sodaß bei den Ermächtigungsdelikten die Strafverfolgung davon abhängt, daß ein Rechtspflegeorgan die Verletzung eines öffentlichen Interesses durch die inkriminierte Handlung bejaht.

§ 42. Ethisierung der Strafe: Strafmilderung und Vorherrschaft der Freiheitsstrafe.

[1])I. Die Humanitätsidee wird nach drei Richtungen im Strafrecht wirksam: als Reform des Strafprozesses bekämpft sie die Tortur; als Revision der Verbrechenstatbestände wendet sie sich vornehmlich gegen die Hexenprozesse; als Ethisierung der Strafe wirkt sie Aufhebung der geschärften Todes-[2]) und der Leibes-

[1]) Literatur: Wahlberg, Zur Geschichte der Aufhebung der Tortur in Österreich, Ges. kleinere Schriften, Bd. II, Wien 1877, S. 265—272; v. Bar, Handbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, §§ 51 ff., S. 141 ff.; R. Loening, Über geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des deutschen Strafrechts, Z. III, S. 219–375; Glaser, Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß, Leipzig 1883, S. 1—16 (Beweisrecht vor und nach Abschaffung der Folter); R. Frank, Die Wolff'sche Strafrechtsphilosophie und ihr Verhältnis zur kriminalpolitischen Aufklärung im XVIII. Jahrhundert, Göttingen 1887; Eduard Hertz, Voltaire und die französische Strafrechtspflege im achtzehnten Jahrhundert, Stuttgart 1887; v. Holtzendorff-v. Jagemann, Handbuch des Gefängniswesens, Bd. I, Hamburg 1888, S. 79–379, Verf. Wahlberg, v. Jagemann, v. Liszt, Streng, Goos; Nicoladoni, Christian Thomasius, ein Beitrag zur Geschichte der Aufklärung, Berlin 1888; Krohne, Lehrbuch der Gefängniskunde, Stuttgart 1889, S. 2—195; Ludwig Günther, Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts, II. Abt., Erlangen 1891; III. Abt., I. Hälfte, Erlangen 1895, S. 38—41; Mommsen Römisches Strafrecht, S. 301–318, 960—968; R. v. Hippel, Beiträge zur Geschichte der Freiheitsstrafe, Z. XVIII, S. 419—494, 608 bis 666; Masmonteil, La législation criminelle dans l'oeuvre de Voltaire, Thèse, Paris 1901; v. Overbeck, Das Strafrecht der französischen Enzyklopädie, Freiburger Diss., Karlsruhe 1902; Kohler, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Leipzig 1905, S. 161—166; Hubert Naendrup, Dogmengeschichte der Arten mittelalterlicher Ehrenminderungen, Breslauer Festgabe für Dahn, I. Teil, Breslau 1905, S. 221—382; Ernst Rosenfeld, Zur Geschichte der ältesten Zuchthäuser, Z. XXVI, S 1—18.

Siehe ferner die in den folgenden Noten angeführte Literatur.

[2]) Todesstrafen der PGO.:

Art. 192. feur
Schwert
Vierteyllung
Rad

strafe, Beseitigung der Talion, Einschränkung der Todesstrafe, Vorherrschen der Freiheitsstrafe.

Man kann unter den Begründern der neuen Richtung im Strafrecht zwei Gruppen scheiden: die deutsche Philosophie von Pufendorf bis Wolff; die romanischen Geistesführer der Aufklärungszeit, unter denen Voltaire für das Strafrecht als der bedeutsamste erscheint; in Abhängigkeit von diesen stehen die deutschen Vertreter des Aufklärungsgedankens.

II. 1. Den Abschluß der vom Mittelalter beeinflußten Strafkultur bildet jene Epoche, die durch die Wirksamkeit der sächsischen Juristen Matthias Berlich (1586—1638) und vornehmlich des Benedikt Carpzov[3]) (1595—1666) gekennzeichnet wird. Carpzov ist hervorragender praktischer Jurist, entfaltete als Mitglied des Leipziger Schöffenstuhles und als Ordinarius der Leipziger Juristenfakultät eine weithinragende Tätigkeit. Er betrachtet das Recht noch wesentlich unter theologischem Gesichtspunkte (so Verteidigung der Todesstrafe auf Grund der Bibel) und judizierte mit großem Eifer in Hexenprozessen — von 20000 unter seiner Mitwirkung gefällten Todesurteilen betraf ein guter Teil Hexenverurteilungen.

2. Pufendorf[4]) kommt als Vorläufer der neuen Richtung in Betracht. Im Anschlusse an Grotius erscheint ihm die Strafe als

---

Gallgen
Erdrencken (bei Frauen: Art. 124, 130, 131, 133, 159, 162).
Lebendig vergraben und Pfallen. (Entsprechender Art. der Bamb. 219.)
(Verschärfungen durch:)
Schlayffen
reissen mit gluenden Zangenn.

[3]) Sein Hauptwerk: Practica nova Imperialis saxonica, rerum criminalium, 1635. Vgl. über Carpzov: v. Bar, Handbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 144 f.; R. Loening, Z. III, S. 268: Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Abt. II, München und Leipzig 1884, S. 6—8; L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 96—101.

[4]) Hauptwerke: De iure naturae et gentium libri octo, 1672. De officio hominis et civis, 1693.

Über Pufendorf vgl.: v. Bar, Handbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 226 f.; R. Frank, Die Wolff'sche Strafrechtsphilosophie und ihr Verhältnis zur kriminalpolitischen Aufklärung im XVIII. Jahrhundert, Göttingen 1887, S. 75, 79; R. Loening, Z. III, S. 263 f.; L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 116—121; Stintzing's Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt. von Landsberg, 1. Halbbd., München 1898, S. 11—23 und Notenband, S. 5—8; siehe ferner mein System, Bd. II, S. 148—150 und die dort, S. 148, Note 10 angeführte Literatur.

malum passionis, quod infligitur ob malum actionis.[5]) Die Strafe muß einen Zweck haben; die Strafzwecke sind: 1. emendare peccantem; 2. cavere laeso; 3. securitas omnium.[6]) Der höchsten Gewalt steht das ius vitae et necis zu ex causa delicti.[7]) Die Schwere des Verbrechens ist nach objektiven und subjektiven Gesichtspunkten (Erfolg und Intensität der Schuld) festzustellen.[8]) Talionsstrafe ist nicht erforderlich.[9])

Thomasius[10]) bekämpfte die Hexenprozesse und die Folter. Als Zwecke der Strafe erscheinen ihm — gleich Pufendorf — die Besserung des Verbrechers, die Genugtuung gegenüber dem Verletzten und die allgemeine Sicherheit.[11])

Den Abschluß bildet v. Wolff, der bereits in die Aufklärungszeit fällt (vgl. über ihn unten sub IV, 2).

III. 1. Das Aufklärungszeitalter wird in seiner Bedeutung für die Strafrechtsphilosophie wesentlich vorbereitet durch Montesquieu.

Montesquieu[12]) erstrebt vor allem die Garantie der poli-

---

[5]) De iure naturae et gentium lib. VIII c. 3 § 4. De officio civis et hominis lib. II c. 13 § 4.

[6]) De iure naturae et gentium lib. VIII c. 3 §§ 8, 9, 11, 12. De officio civis et hominis lib. II c. 13 §§ 6—10. (Hienach soll der erste Strafzweck dem Nutzen des Verbrechers, der zweite jenem des Verletzten, der dritte der „utilitas omnium" dienen.)

[7]) De iure nat. et gent. lib. VIII c. 3 § 1. De officio civis et hominis lib. II c. 13 §§ 1, 3.

[8]) De iure nat. et gent. lib. VIII c. 3 §§ 18—22. De officio civis et hominis lib. II c. 13 § 16.

[9]) De iure nat. et gent. lib. VIII c. 3 § 27.

[10]) Hauptwerk: Fundamenta iuris naturae et gentium, 1705.

Über Thomasius vgl.: v. Bar, Handbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 150 f., 231; R. Frank, Die Wolff'sche Strafrechtsphilosophie S. 75—78; Nicoladoni, Christian Thomasius, Berlin 1888; L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 121—124; Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt., 1. Halbbd., S. 71—111, und Notenband S. 45—64. Siehe ferner mein System, Bd. II, S. 155—157 und die dort, S. 157, Note 41 angeführte Literatur.

[11]) Jus naturae et gentium, lib. VIII, cap. 3 §§ 8, 9, 11, 12.

[12]) L'esprit des loix, 1748. Ich zitiere nach der nouv. éd., Amsterdam 1755. Lettres Persanes, editio princeps in 2 Bänden Cologne, 1721. Ich zitiere nach der Jubiläumsausgabe, Paris 1897, mit Vorrede und Register von Barckhausen.

Vgl. dazu: R. Frank, Die Wolff'sche Strafrechtsphilosophie, S. 62—69; Hertz, Voltaire und die französische Strafrechtspflege im achtzehnten Jahrhundert, S. 133 bis 139; L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 162 f., 169—173, 174 f. Siehe auch mein System, Bd. II, S. 164—166 und die dort, S. 164 f., angeführte Literatur.

tischen Freiheit, und damit auch der Rechtssicherheit, durch die Dreiteilung der Gewalten.[13])

Strenge Strafen kennzeichnen nach Montesquieu den Despotismus, der sich durch Schreckensherrschaft behaupten muß; sie sind entbehrlich in Monarchie und Republik („qui ont pour ressort l'honneur et la vertu").[14]) In diesen Staaten sieht der Gesetzgeber mehr auf Verbrechensprävention durch Sittenbesserung.[15]) Die Strafen müssen gemäß der Schuld abgestuft sein.[16]) Die Folter ist zu verwerfen.[17]) Die Geldstrafen sollen proportional dem Vermögen des Schuldigen gestaltet werden.[18]) Reine und allgemeine Talion entspricht dem Despotismus.[19]) Die Bestrafung des Selbstmords (mit gleichsam einer nochmaligen Tötung)[20]) ist in keiner Weise gerechtfertigt.[21]) Bürgerfreiheit bedeutet Gedankenfreiheit; nur der Tyrann straft den Gedanken.[22]) Gegenüber religiösen Verfehlungen sind Strafdrohungen nicht angezeigt; die Geschichte erweist, daß das Strafgesetz für die Religion nur destruktiv wirkt.[23])

2. In der Mitte zwischen Montesquieu und den Enzyklopädisten steht Beccaria.[24]) Er ist von jenem beeinflußt und hat seinerseits

[13]) Vgl. mein System, Bd. II, S. 165.

[14]) Esprit des lois, l. VI, ch. 9. Lettres Persanes, Lettre 80, p. 148 sq.

[15]) Esprit des lois, l. VI, ch. 9, 11.

[16]) Esprit des lois, l. VI, ch. 16; l. 12, ch. 4. Lettres Persanes, Lettre 80, p. 148 (Lettre 95, p. 170), Lettre 102, p. 183. Bei Begründung des Postulats spielen für Montesquieu allerdings die aus der Abschreckungstheorie entnommenen Erwägungen die Hauptrolle.

[17]) Esprit des lois, l. VI, ch. 17.

[18]) Esprit des lois, l. VI, ch. 18 („Les peines pécuniaires ne peuvent-elles pas se proportionner aux fortunes?")

[19]) Esprit des lois, l. VI, ch. 19.

[20]) Lettres Persanes, Lettre 76, p. 140: „Les lois sont furieuses en Europe contre ceux qui se tuent eux-mêmes: on les fait mourir, pour ainsi dire, une seconde fois; ils sont traînés indignement par les rues; on les note d'infamies; on confisque leurs biens."

[21]) Die von Montesquieu gegebene Begründung ist selbstverständlich eine ganz naturrechtliche: Lettres Persanes, Lettre 76, p. 141: „Le Prince veut-il que je sois son sujet quand je ne rétire point les avantages de la sujetion? . . . Je suis obligé de suivre les lois, quand je vis sous les lois. Mais, quand je n'y vis plus, peuvent-elles me lier encore?"

[22]) Esprit des lois, l. XII, ch. 2, 11.

[23]) Esprit des lois, l. XXV, ch. 12.

[24]) Cesare Beccaria, Über Verbrechen und Strafen, übersetzt, mit biographischer Einleitung und Anmerkungen versehen von Karl Esselborn, Leipzig 1905 (S. 1—58 Beccarias Leben und Werke; über die Straftheorie Beccarias S. 17—19).

Über Beccaria vgl.: Roßbach, Die Perioden der Rechtsphilosophie, Regens-

bestimmend auf die Enzyklopädisten, vornehmlich auf Voltaire eingewirkt.

Die Folterung des Angeklagten erscheint Beccaria als „eine durch den Gebrauch bei den meisten Völkern geheiligte Grausamkeit".[25])

Der politische Zweck der Strafen ist die Generalprävention.[26])

Seine Berühmtheit verdankt Beccaria vornehmlich dem Umstand, daß er als erster mit Entschiedenheit der Todesstrafe schlechthin entgegentrat. Die von ihm angeführten Gründe sind im wesentlichen: Die Todesstrafe stiftet keinen Nutzen; sie kann naturrechtlich nicht gerechtfertigt werden; daher ist sie bedingungslos zu verwerfen.[27])

Wesentlich abhängig von Montesquieu ist auch Filangieri.[28]) Er bringt die Tortur in Parallele mit den Gottesurteilen der „barbarischen Zeiten" und stellt der Tortur ein Rechtssystem des Beweises entgegen.[29])

Die Notwendigkeit der Strafen und das subjektive Recht des Staats auf Strafe begründet Filangieri rein naturrechtlich. Die

---

burg 1842, S. 208—210; Laistner, Das Recht in der Strafe, München 1872, S. 92 bis 101; v. Bar, Handbuch, Bd. I, S. 233—235 und die Literaturangaben dort, S. 233, Note 90; R. Frank, Die Wolff'sche Strafrechtsphilosophie, S. 69—74; L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 173, 176—185, 186; Goldenweiser, Zurechnung und strafrechtliche Verantwortlichkeit, Berlin 1903, S. 51 f.

[25]) Über Verbrechen und Strafen, (in der Übersetzung von Esselborn) S. 88.

[26]) Über Verbrechen und Strafen, S. 89.

[27]) Über Verbrechen und Strafen, S. 105—115. S. 105—107: „Die unnütz häufige Anwendung der Strafen, die noch nie die Menschen gebessert hat, hat mich zur Prüfung der Frage veranlaßt, ob in einem gut eingerichteten Staatswesen die Todesstrafe wirklich nützlich und gerecht sei. Woher können die Menschen die Berechtigung ableiten, ihresgleichen zu töten? . . . Aus diesen Ausführungen geht hervor, daß die Todesstrafe kein Recht sein kann und demgemäß auch kein solches ist; sie ist vielmehr ein Kampf des Staates gegen den einzelnen Bürger, weil er dessen Vernichtung für notwendig oder nützlich hält. Wenn ich aber den Beweis erbracht habe, daß der Tod weder nützlich noch notwendig ist, dann habe ich die Sache der Menschheit gewonnen."

[28]) La scienza della legislazione, Genova 1798.

Über Filangieri vgl.: v. Bar, Handbuch, Bd. I, S. 235 f.; L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 185—191. Siehe auch Roßbach, Die Perioden der Rechtsphilosophie, S. 208—210; C. J. A. Mittermaier, Art. Filangieri, im deutschen Staatswörterbuch, herausg. von Bluntschli und Brater, 3. Bd., Stuttgart und Leipzig 1858, S. 520—524.

[29]) La scienza della legislazione, lib. III, c. 11, c. 12. c. 11: „Paralello tra' Giudizj di Dio de' tempi barbari e la tortura."

Strafdrohung (La sanzione penale) stellt das Glied der Gemeinschaft (cittadino) vor die Wahl, seine soziale Pflicht zu erfüllen oder ein soziales Recht zu verlieren.[30])

Weder Vergeltung (vendetta dell' offesa recata alla società) noch Verbrechenssühne ist Strafzweck (oggetto delle pene), sondern Spezial- und Generalprävention.[31])

Filangieri tritt mit naturrechtlicher Begründung für die Todesstrafe ein, postuliert aber ihre Einschränkung.[32]) Aus dem Gesichtspunkt der Generalprävention heischt Filangieri Verhältnismäßigkeit zwischen Verbrechen und Strafe.[33])

3. Mit den Enzyklopädisten[34]) und Voltaire erreicht die humanistische Bewegung den Höhepunkt. Die Enzyklopädisten tragen die Aufklärungsideen in die weitesten Kreise und reißen durch die Eleganz ihrer Sprache, wie durch die Schärfe ihrer Ausführungen die gebildete Gesamtheit mit sich fort: Diderot,[35]) vornehmlich durch die Herausgabe der Enzyklopädie; dann auch Holbach, d'Alembert, Helvetius.

Die Enzyklopädisten waren Anhänger des Determinismus; aus diesem Gesichtspunkte verwarfen sie die Vergeltungsstrafe und setzten an ihre Stelle den Nützlichkeitsstandpunkt.[36])

J. J. Rousseau[37]) wurde grundlegend für die politische Befreiung

---

[30]) La scienza della legislazione, lib. III, c. 26.

[31]) La scienza della legislazione, lib. III, c. 27.

[32]) La scienza della legislazione, lib. III, c. 29, 30. Filangieri scheidet zwischen uso und abuso bei der Todesstrafe; sie soll sein: „rimedio . . . colla maggiore economia adoprato" (c. 30).

[33]) La scienza della legislazione, lib. III, c. 39.

[34]) Vgl. L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 160 f.; v. Overbeck, Das Strafrecht der französischen Enzyklopädie, Karlsruhe 1902.

[35]) Die von Diderot herausgegebene Enzyklopädie: Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, Paris 1751—1767, 17 Bände und 2 Bände Stiche. Aus Diderot's Werken kommen hier vornehmlich seine Ausführungen Des délits et des peines (über Beccarias Buch) in Betracht: Oeuvres complètes de Diderot, 20 Bände, herausg. von Assézat und Tourneux, Paris 1875—1877, t. IV, p. 51—69.

Über Diderot vgl. mein System, Bd. II, S. 173—176, und die dort S. 173, Note 23, angeführte Literatur; siehe ferner Hertz, Voltaire und die französische Strafrechtspflege im achtzehnten Jahrhundert, S. 122—136.

[36]) Vgl. Hertz, Voltaire etc., S. 127—132; v. Overbeck, Das Strafrecht der französischen Enzyklopädie, S. 13—43, 43—55.

[37]) Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes, 1755. Du Contrat social, ou Principes du droit politique 1762 (in Betracht kommen l. II, ch. 5 und 12).

des Bürgertums.[38]) Das Strafrecht hat er unmittelbar nicht gefördert. Die Strafgesetze erscheinen ihm als Sanktion aller übrigen Gesetze.[39])

Vornehmlich kommt hingegen Voltaire[40]) für die Belebung des Humanitätsgedankens im Strafrecht in Betracht, und zwar nach zwei Richtungen: durch seine praktische, agitatorische Tätigkeit beim Eintreten für ungerecht oder mit zu harten Strafen Verurteilte, vornehmlich für den unschuldigen Calas; ferner durch seine theoretischen Abhandlungen.

Voltaire war der Mann seines Jahrhunderts, in ihm kristallisiert sich die Aufklärungszeit.[41]) Er öffnete dem Zeitalter die Augen für die Unzulänglichkeit und Willkür des Beweisverfahrens, durch seine Tätigkeit im Prozeß Calas und in anderen Prozessen (Sirven, Mont-

---

[38]) Vgl. mein System, Bd. II, S. 166—173 und die dort, S. 166, Note 5, angeführte Literatur; insbesondere: Liepmann, Die Rechtsphilosophie des Jean-Jacques Rousseau, Berlin 1898; Haymann, Jean Jacques Rousseau's Sozialphilosophie, Leipzig 1898; Ludwig Stein, Die soziale Frage im Lichte der Philosophie, 2. Aufl., Stuttgart 1903, S. 365 f. Über Rousseaus strafrechtstheoretische Lehre siehe v. Bar, Handbuch, Bd. I, S. 232 f.; L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 162—168.

[39]) Du contrat social, l. II, ch. 12: „. . lois criminelles, qui, dans le fond, sont moins une espèce particulière de lois, que la sanction de toutes les autres."

[40]) Commentaire sur le livre des délits et des peines, 1766 (Oeuvres, par Beuchot, t. XLII, Paris 1831, p. 417—477). Prix de la justice et de l'humanité, 1777 (Oeuvres complètes, Paris 1893, t. 31, p. 367 sqq.). Verzeichnis der Schriften strafrechtsphilosophischen und -politischen Inhalts siehe bei Masmonteil, La législation criminelle dans l'oeuvre de Voltaire, Thèse, Paris 1901, p. 107—123 (Schriften zu Gunsten von Jean Calas u. s. w.).

Über Voltaire vgl.: Maugras, Voltaire et J.-J. Rousseau, Paris 1886; R. Frank, Die Wolff'sche Strafrechtsphilosophie, S. 62—69; Hertz, Voltaire und die französische Strafrechtspflege im achtzehnten Jahrhundert, Stuttgart 1887; L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung. Abt. II, S. 163—167, 174—176; Masmonteil, La législation criminelle dans l'oeuvre de Voltaire, Thèse, Paris 1901. Siehe auch Rocholl, Die Philosophie der Geschichte, Bd. I, Göttingen 1878, S. 62—67. Über Persönliches und Literarisches bei Voltaire: Brunetière, Études critiques sur l'histoire de la littérature française, I. série, 4. éd., Paris 1896, p. 181—254 (Mai 1878); Brunetière, Études critiques sur l'histoire de la littérature française, IV. éd., 3. série, Paris 1898, p. 259 bis 290: Voltaire et J. J. Rousseau (Juillet 1886); III. éd., 4. série, Paris 1898, p. 267 bis 324: Voltaire (3 Studien, vereinigt; 1. Mai 1890); Brunetière, Manuel de l'histoire de la littérature française, Paris 1898, p. 294—301.

[41]) Treffend ist das Urteil, das Maugras, Voltaire et J. J. Rousseau, p. 39, fällt: „Voltaire était l'incarnation la plus éclatante de son siècle. Cette civilisation, ces arts, ces sciences, que Rousseau considérait comme les fléaux de l'humanité, Voltaire croyait au contraire, qu'ils en étaient les flambeaux."

bailli, Morangiès, Claustre, Curé de Moëns, Martin, Duc de Richelieu, Lally, de la Barre-d'Ettallonde).[42])

Unter Voltaire's Reformschriften[43]) ragen Prix de la justice et de l'humanité und der Kommentar zu Beccarias Buch von den Verbrechen und Strafen hervor.

Zweck der Strafe ist auch nach Voltaire die Verhinderung der Verbrechen.[44]) Er postuliert Verhältnismäßigkeit zwischen Verbrechen und Strafen[45]) und tritt einer Reihe zu harter Strafdrohungen (insbesondere der zu strengen Bestrafung des Hausdiebstahls, vol domestique,[46]) dann der Bestrafung des Selbstmords,[47]) der Religionsvergehen jener Zeit[48]) etc.) entgegen.[49])

Zugleich verwirft Voltaire die Tortur[50]) und heischt ein geregeltes Beweisverfahren.[51])

IV. 1. Von Frankreich gelangten die Aufklärungsideen nach Deutschland. Bedeutsam hierfür waren die Beziehungen, die Friedrich der Große[52]) mit Voltaire und den anderen französischen Geistesgrößen unterhielt.

Friedrich verdammt die beweislose Verurteilung des Calas.[53]) Die blutigen Strafdrohungen heischen Reform; die Strafe soll

---

[42]) Vgl. dazu Hertz, Voltaire etc., S. 157 ff.; Masmonteil, La législation criminelle dans l'oeuvre de Voltaire, p. 18—100.

[43]) Vgl. zum folgenden: Hertz, Voltaire, S. 426 ff.; Masmonteil, La législation criminelle dans l'oeuvre de Voltaire, p. 107 sqq.

[44]) Commentaire, I.

[45]) Prix de la justice, art. I. Vgl. dazu Masmonteil, La législation criminelle, p. 257—259.

[46]) Commentaire, XVIII. Prix de la justice, art. II.

[47]) Commentaire, XIX. Prix de la justice, art. V.

[48]) Commentaire, III—IX. Prix de la justice art. VIII (De l'hérésie), art. IX (Des sorciers), art. X (Du sacrilége).

[49]) Darüber, daß die Strafen jener Zeit schlechthin zu hart erscheinen, insbesondere gegen die verschärfte Todesstrafe: Commentaire, II. Ueber die Todesstrafe überhaupt: Commentaire, X.

[50]) Commentaire, XII. Prix de la justice, art. XXIV.

[51]) Commentaire, XXII sq. Prix de la justice, art. XXII.

[52]) Vornehmlich kommen hier die Briefe an Voltaire in Betracht; insbesondere in: Oeuvres de Frédéric le Grand, t. XXIII, Berlin 1853.

Vgl. dazu: v. Bar, Handbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 157 f.; L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 176 f.; Willenbücher, Die strafrechtsphilosophischen Anschauungen Friedrichs des Großen; Berolzheimer, System, Bd. II, S 183—186.

[53]) Brief vom 13. August 1766 an Voltaire. Oeuvres t. XXIII, p. 103: „... ils condamnent au supplice sans avoir des preuves, des convictions, des témoins."

der Schuld entsprechen.[54]) Gleich den französischen Aufklärungsphilosophen ist Friedrich der Große Anhänger der Generalpräventionstheorie.[55])

2. Zugleich ist Chr. v. Wolff,[56]) als der bedeutsamste Theoretiker des Polizeistaats, in diesem Zusammenhang hervorzuheben, obschon er den eigentlichen Aufklärungsphilosophen und der durch sie inaugurierten strafrechtlichen Reformbewegung nicht direkt zugehört, auch das Ende der Aufklärungszeit nicht erlebte. Die Gesetze sind nach Wolff insoweit mit Strafsanktion zu versehen, als dies zur Sicherung vor der Gesetzesverletzung notwendig ist.[57])

Im übrigen gibt Wolff vorwiegend Definitionen über die strafrechtlichen Begriffe,[58]) einschließlich der Todesstrafe samt ihren verschiedenen Vollziehungsarten und -schärfungen,[59]) der Körperstrafe,[60]) der Talion[61]) und der Tortur.[62]) Die Fälle zulässiger Tortur

---

[54]) In demselben Brief, Oeuvres t. XXIII, p. 103: „Ce sont ces lois de sang, qu'on devrait réformer, en proportionnant la punition à la faute. . . ."

[55]) Vgl. Willenbücher, Die strafrechtsphilosophischen Anschauungen Friedrichs des Großen, S. 17.

[56]) In Betracht kommende Werke: Jus naturae methodo scientifica pertractatum, 1740—1749. Institutiones iuris naturae et gentium, Halae Magdeburgicae 1754.

Über Wolff vgl.: v. Bar, Handbuch, Bd. I, S. 231 f.; R. Frank, Die Wolff'sche Strafrechtsphilosophie und ihr Verhältnis zur kriminalpolitischen Aufklärung im XVIII. Jahrhundert (Frank behandelt vorwiegend Wolff's Strafrechtsphilosophie in der Fassung, wie sie in dem Werk seines Schülers Engelhard Ausdruck gefunden hat); L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 140—149 (auch über Engelhard); Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt., 1. Halbbd., S. 198—206, und Notenband, S. 132—134; Berolzheimer, System, Bd. II, S. 181—183 und die dort, S. 181, Note 18 angeführte Literatur.

[57]) Jus naturae, pars VIII, cap. 3, § 585: „Legibus tales ac tantae addendae sunt poenae, quae ad cohibendam legum transgressionem, quantum datur, sufficiunt.

[58]) Jus naturae, pars VIII, cap. 3, §§ 568 sqq.

[59]) Jus naturae, pars VIII, cap. 3, §§ 601—610.

[60]) Jus naturae, pars VIII, cap. 3, §§ 611—615, 617.

[61]) Jus naturae, pars VIII, cap. 3, § 639: „Talio dicitur par vindicta, qua tantum quis patitur mali, quantum fecit."

[62]) Jus naturae, pars VIII, cap. 3, § 677. Institutiones iuris naturae et gentium, p. III, sect. 2, cap. 3, § 1032, sagt zwar Wolff: „tortura non satis apta est ad veritatem eruendam", und verweist auf die Verurteilung Unschuldiger, die infolge der Tortur ein Geständnis abgelegt hatten; aber bei höchstem Tatverdacht erscheint die Tortur ihm gleichwohl zulässig: „corpore . . . sano et robusto, et malitia ejus [scil. inquisiti] manifesta."

Auch Wolff's Schüler Engelhard steht der Folter nicht abweisend gegenüber. Vgl. Frank, Die Wolff'sche Strafrechtsphilosophie, S. 51 f.

werden genau abgegrenzt.[63]) Die Talion ist naturrechtlich nicht geboten.[64]) Gedanken sind straflos.[65])

3. In Deutschland sind als Vertreter der Aufklärungsidee weiter hervorzuheben:

Wieland,[66]) gleichfalls Anhänger der Generalpräventionslehre.[67]) Geschärfte Todesstrafe und Leibesstrafen sind nichts als „Werkzeuge der Grausamkeit und verderblicher Vorurteile, wenn man die Schmerzen und Martern des Verbrechers (scil. im Original steht: Verbrechens) zu ihrem Endzweck macht".[68])

Wieland mutet insoferne sehr modern an, als er aus Gründen des Rechts und der Klugheit die Errichtung hygienischer Gefängnisse und Fürsorge für die Strafentlassenen postuliert.[69])

Auch Graf v. Soden[70]) bezeichnet als den Zweck der Gesetze die Erhaltung des Wohls der Gesellschaft,[71]) als Endzweck der peinlichen Gesetze die Verhütung der Verbrechen, und zwar durch Spezial- und Generalprävention.[72]) Wesentliches Erfordernis (das naturrechtlich aus dem Gesellschaftsvertrag abgeleitet wird) ist Verhältnismäßigkeit („Ebenmaß") zwischen Verbrechen und Strafe.[73])

Weiter sind bedeutsam für die Anerkennung der Humanitäts-

---

[63]) Jus naturae, pars VIII, cap. 3, §§ 679—689.

[64]) Jus naturae, pars VIII, cap. 3, §§ 639—642.

[65]) Jus naturae, pars VIII, cap. 3, § 643.

[66]) Ernst Carl Wieland, Geist der peinlichen Gesetze, 2 Bde., Leipzig 1783/84. Vgl. dazu v. Bar, Handbuch, Bd. I, S. 239; L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 230 f.

[67]) Geist der peinlichen Gesetze, Bd. I, § 71, S. 101—103: Die peinlichen Gesetze dienen der unmittelbaren Beförderung des Endzwecks der bürgerlichen Gesellschaft durch Generalprävention gegenüber dem Verbrechen. Durch diese „Absicht" der peinlichen Gesetze wird ihr Inhalt bestimmt.

[68]) Geist der peinlichen Gesetze, Bd. I, § 317, S. 428. Vgl. daselbst §§ 314 bis 319, S. 423—432.

[69]) Geist der peinlichen Gesetze, Bd. I, § 322, S. 434.

[70]) Geist der peinlichen Gesetzgebung Teutschlands, 2. Aufl., 2 Bde., Frankfurt 1792.

Vgl. über Soden: R. Loening, Z. III, S. 274; Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt., 1. Halbbd., S. 415.

[71]) Geist der peinlichen Gesetzgebung, Bd. I, § 7, S. 16. Vgl. dazu L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 230, 242 und sonst.

[72]) Geist der peinlichen Gesetzgebung, Bd. I, § 36, S. 60.

[73]) Geist der peinlichen Gesetzgebung, Bd. I, § 37, S. 61 f.

idee im Strafrecht: Hommel,[74]) der Österreicher Joseph v. Sonnenfels,[75]) K. S. Zachariae,[76]) Oerstedt[77]) und andere.

Zachariae bildet einen Abschluß insofern, als er Anhänger der absoluten Theorie ist. Er akzeptiert die Fortschritte der Aufklärungstheorie, löst sie jedoch von dem irrigen strafrechtsphilosophischen Fundamente.[78])

V. Unter den Engländern sind der bedeutsame Reformator des Gefängniswesens John Howard[79]) zu benennen, dessen Reformtätigkeit von größter Tragweite wurde; ferner der Philosoph Bentham.

Bentham[80]) vertritt die Theorie des Individualutilitarismus. Hieraus ergibt sich das Verbot der Handlungen, die wirklich oder vermeintlich ihrer Natur nach mehr Schaden als Nutzen stiften.

---

[74]) Vgl. R. Loening, Z. III, S. 274; R. Frank, Die Wolff'sche Strafrechtsphilosophie, S. 79; L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 210—212 und sonst; E. Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, 3. Bd., 1. Halbband, S. 386—400, und Notenband, S. 253—261.

[75]) Vgl.: R. Frank, Die Wolff'sche Strafrechtsphilosophie, S. 79; L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 224—227; E. Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, 3. Bd., 1. Halbband, S. 401—404, und Notenband, S. 263 f.; Wahlberg, Zur Geschichte der Aufhebung der Tortur in Österreich, Ges. kleinere Schriften, Bd. II, Wien 1877, S. 265—272.

[76]) Anfangsgründe des philosophischen Kriminalrechts, Leipzig 1805.

Vgl. dazu v. Bar, Handbuch, Bd. I, S. 269.

[77]) Über die Grundregeln der Strafgesetzgebung, aus dem Dänischen, Kopenhagen 1818.

§ 2, S. 3—9, begründet Oerstedt die Generalpräventionstheorie.

[78]) K. S. Zachariae, Anfangsgründe des philosophischen Criminal-Rechtes, S. V f., im Anschluß an Kant, für das ius talionis.

S. 14, § 24: Anhänger der absoluten Strafgerechtigkeit, da „Zweckmäßigkeit das Prinzip der Politik und nicht der Rechtswissenschaft ist".

§ 44, S. 30: „Juridische Strafen können nur Freiheitsstrafen sein. . . ."

§ 45, S. 32: „Die Dauer der Freiheitsstrafe ist . . . nach dem Rechte der Wiedervergeltung zu bestimmen."

§ 46, S. 36: „Eine juridische Strafe ist insofern gerecht, als sie durch das Rechtsvergehen, welches damit belegt wird, verdient ist."

[79]) State of the prisons in England and Wales, 1777, verbesserte Auflage 1784; deutsch im Auszug von Köster, Leipzig 1780.

[80]) Traités de législation civile et pénale, 3 tomes, Paris 1802, bearbeitet von Dumont (neue Ausgaben, London 1858 und 1861), deutsch von Benecke, Berlin 1830. Panopticon, or the inspection house, 3 Bde., Dublin 1791.

Vgl. über Bentham: v. Bar, Handbuch, Bd. I, S. 253 f.; L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 211; Berolzheimer, System, Bd. II, S. 160—162 und die dort, S. 160, Note 9, angeführte Literatur.

Diese verbotenen Handlungen heißen Verbrechen. Zur Wirksamkeit des Verbots wurden Strafen eingeführt.[81]) Bedeutsam sind die Präventivmittel gegen die Verbrechen.[82]) Auf die Gestaltung des Strafvollzugs hat Bentham weitreichenden Einfluß geübt durch die von ihm ausgegangene Idee der panoptischen Gefängnisse,[83]) wie sie in den modernen Zellengefängnissen ausgeführt ist; diese bilden das Ideal der Gefängnisse — aus dem Gesichtspunkte der Gefängnisverwaltung.

§ 43. Die neuhumanistische Gegenwartsströmung.

1. Eine Mehrzahl von Momenten hat durch ihr Zusammenwachsen die neuhumanistische Gegenwartsströmung im Strafrecht hervorgerufen.

Da ist vor allem die Neubelebung der deterministischen Anschauung hervorzuheben, zufolge deren die Vergeltungslehre gegenüber dem „unfreien Willen" des Verbrechers erschüttert wurde.[1]) Durch den Determinismus wurde das tragische Moment der Schuld in den Vordergrund gerückt — das Moment der Schuldlosigkeit in der Schuld.

Sodann wurden durch vertiefte Tatsachenforschung weitreichende Mißstände im Vollzug der Freiheitsstrafe — der herrschenden Strafart — in grelles Licht gesetzt.[2])

Weiterhin hat die Kriminalanthropologie, vornehmlich als Kriminalpsychologie, die Verbrecherpsyche aufgehellt.

Endlich ist infolge der Herrschaft der Sozialethik das Mitgefühl gegenüber allen durch das Recht Bedrückten erheblich gestärkt worden.

2. Einsichtsvolle Gefängnisbeamte, vor allem Sichart und Krohne; Anthropologen — Lombroso, Baer, Kurella —; führende Kriminalisten — Ferri, v. Liszt, Prins, van Hamel, Herm. Seuffert —; energische Reformkämpfer, wie Stooß, Vargha, Auer; die Psychiater Kraepelin und Aschaffenburg; der Kriminalpsychologe H. Groß und viele andere postulieren je von ihrem Standpunkte aus den Fortschritt im Strafrecht durch die Humanisierung des materiellen und prozessualen Strafrechts.

---

[81]) Traités de législation, t. I, ch. 11, p. 89.

[82]) Traités de législation, t. III, p. 1—158.

[83]) Panopticon, or the inspection house, vol. 1—3. Dazu: Traités de législation, t. III, p. 209—272.

[1]) Vgl. oben, §§ 3—5.

[2]) Vgl. unten, § 45.

Das Ergebnis all dieser Forschungen ist primär ein wesentlich kriminalpsychologisches: die Entdeckung, daß der Verbrecher in der Mehrzahl der Fälle nicht ein absolutes Scheusal ist, sondern die menschlichen Wesenszüge in seinem Charakter birgt — gleichfalls Mensch ist. Der im altägyptischen Recht bereits wesentlich entwickelte, durch Vermittlung der mosaischen Religion auf das Christentum überkommene Humanitätsgedanke, der nach dem Mittelalter bis zu Kant die Befreiung der Weltlichkeit vom Klerikalismus und die politische Emanzipation des Bürgertums, von Marx bis zur Neuzeit die wirtschaftliche Befreiung der Arbeiterschaft gewirkt hat, der im Aufklärungszeitalter mit der mittelalterlichen Strafjustiz aufräumte, — die Humanitätsidee ist zu neuem Leben erwacht. Das Ziel ist heute die Emanzipation des fünften Standes.

3. Erheblich verstärkt wird das Mitgefühl gegenüber dem harten Los des Sträflings, und die Erbitterung der Verurteilten über die zu erduldende Strafe durch zwei Erwägungen. Erstens durch die zunehmende Einsicht, daß in zahlreichen Fällen die Verurteilung selbst, sowie Strafmaß und -art von einer Kette äußerer Umstände, man möchte fast sagen, Zufälligkeiten abhängen. Wer erinnert sich nicht an die mit meisterhafter Plastik dargestellte Gerichtsszene in Tolstoi's Auferstehung? Nicht nur die Geschworenen, auch die Berufsrichter werden durch Zufallsmomente — sympathisches oder „freches" Auftreten des Angeklagten; Eindruck der Zeugen etc. — in der Schuldfrage, wie auch bei der Frage nach mildernden Umständen unbewußt oder selbst bewußt mitbestimmt. Unwillkürlich wird die Persönlichkeit, die vor den Gerichtsschranken steht, Gegenstand des Urteils, statt der Persönlichkeit, die das Verbrechen beging.

Weiterhin gelangt heute wohl deutlicher als früher jeder Sachkundige, vor allem der Kenner der Großstadtverhältnisse, zu der Wahrnehmung, daß auf einen Dieb, Zuhälter oder Rowdy, der verurteilt wird, ein Dutzend kommt, die unbehelligt bleiben. Wie viele Sumpfexistenzen machen sich breit, denen gegenüber niemand im Zweifel sein kann, daß sie sich auf unredliche Weise ernähren — oder ernähren lassen? Dies gilt nicht nur gegenüber dem Gesindel. Wenn man das Buch von H. Groß über den Raritätenbetrug liest,[3]) fragt man sich unwillkürlich: Wie viele Antiquitätenhändler verdanken es nur glücklichen Umständen, daß sie sich der Freiheit erfreuen?

Dazu kommt endlich, daß auch Menschen, die nach ihrer Ver-

[3]) Berlin, 1901.

anlagung und Stellung sich völlig jenseits des Verbrechens und der Verbrecher befinden, heute unschwer in die Arme der Strafjustiz geraten können: Wie vielen Leuten der Gesellschaft kann täglich eine Situation à la Fall Leuß begegnen? Welcher oppositionelle Redakteur oder Schriftsteller ist vor Gefängnisstrafe wegen eines scharfen Berichts oder einer schroffen Kritik sicher? . . . Durch Erwägungen dieser Art erscheint die Härte der Strafgesetze und des Strafvollzugs in ganz besonders grellem Licht und wird weit über die Fachkreise hinaus offenkundig.

4. Auf allen Rechtsgebieten hat sich der Fortschritt vom Rechtsstaat zum Kulturstaat vollzogen. Das Strafrecht ist in dieser Entwicklung zurückgeblieben. Im letzten Grunde handelt es sich für das Strafrecht heute darum, diesen Fortschritt zu betätigen. Sozialutilitarismus und Idee der Sozialgefährlichkeit des Verbrechers ergeben die illusionäre Begründung, mittels deren die Kulturstaatsidee auch im Strafrecht verwirklicht wird.

Wie um die Wende des 18. Jahrhunderts die Humanitätsidee wesentlich unter der irrigen Flagge der General- und vereinzelt auch der Spezialprävention in das Strafrecht einzog, wie dort die deterministische Anschauung bestimmend wurde, so auch heute. Hier wie dort ist die Bewegung von modernem Geiste der Humanität getragen, hier wie dort ist sie irrig in der Begründung, fortschrittlich und segensreich in den Folgerungen.

Das Aufklärungszeitalter befreite nur den Körper des Verbrechers; die neuhumanistische Bewegung erstrebt die Beseitigung der seelischen Knechtung des Verbrechers im inquisitorischen Vorverfahren und im Strafvollzug der Gegenwart.

Achtes Kapitel.

Kulturreform der Bestrafung.

§ 44. Todesstrafe.

[1])1. Die Todesstrafe entspringt geschichtlich aus der Sühneidee der religiös-rechtlichen Epoche. Der Verbrecher erleidet den Opfertod.

[1]) Literatur: Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1797, S. 199—202; Anselm Feuerbach, Der Tod ist das größte Übel und die abschreckendste Strafe, Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde, herausg. von v. Almendingen, Grolman und Feuerbach, Bd. II, Göttingen 1800, S. 244—282; Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Berlin 1851, S. 4—7; Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter, Ziff. 285, S. 200; Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter, S. 350, Ziff. 372—384, S. 352—357; Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Berlin, im Juli 1869, S. 28—31, und Anlage dazu, Denkschrift über die Todesstrafe; Wahlberg, Die gesetzliche Herrschaft der Todesstrafe und die Begnadigungspraxis, Ges. Schriften, Bd. I, Wien 1875, S. 177—183; Neuere Praxis und Geschichte der Todesstrafe in Österreich, Ges. Schriften, Bd. II, 1877, S. 138—162; Dahn, Vom Werden und Wesen des Rechts, II., ZRV. Bd. 3, S. 14, § 31; v. Bar, Handbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 29 f.; v. Oettingen, Die Moralstatistik, 3. Aufl., Erlangen 1882, S. 700—736, insbesondere S. 717—726; Kohler, Das Wesen der Strafe, Würzburg 1888, S. 8; Kohler, Studien aus dem Strafrecht, II, Mannheim 1895, S. 114—136; v. Lilienthal, Der Stooß'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs, Z. XV, S. 297 f.; L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts, III. Abt., 1. Hälfte, Erlangen 1895, S. 25—29, 47—49, 54—61, 68, 73 f., 89 f., 97 f., 101—103, 106—109, 119—123, 153—156, 327—366; Mommsen, Die Geschichte der Todesstrafe im römischen Staat, Cosmopolis, I. Bd., 1896, S. 231—241 (Reden und Aufsätze, Berlin 1905, S. 437—448); Mommsen, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 12, 56 f., 631, 643, 650, 907, 909, 911—944, 1045 f.; J. Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, 4. Ausg., von Heusler und Hübner, Bd. II, S. 256—287, 526—532; G. Tarde, La philosophie pénale, 5. éd., p. 533—572; Herm. Seuffert, Anarchismus und Strafrecht, Berlin 1899, S. 151—157; Binding, Grundriß, 6. Aufl., S. 195 f.; Rich. Katzenstein, Die Todesstrafe in einem neuen Reichsstrafgesetzbuch,

Diese uralte Auffassung kehrt noch bei neuzeitlichen Begründern der Todesstrafe wieder: Kant, v. Oettingen.

Das Prinzip der vergeltenden Gerechtigkeit ist nach Kant die Gleichheit. Diese heischt Todesstrafe gegen den Mörder.[2]) Die Behauptung Beccaria's, daß jede Todesstrafe unrechtmäßig sei, entspringt „aus teilnehmender Empfindelei einer affektierten Humanität (compassibilitas)".[3])

Weiterhin vertritt Kant die Auffassung, daß die Blutschuld auf dem Volke haften würde, das nicht auf Bestrafung des Mörders dringt.[4])

Auch v. Oettingen[5]) geht davon aus, „daß das ungeahndete Verbrechen des Mordes die ganze Gemeinschaft mitverunreinigt, und daß erst durch eine der Untat entsprechende Strafe, sozusagen durch eine Selbstkritik bis aufs Blut, die Gesamtschuld, welche in der einzelnen Tat zur Erscheinung kommt, und die Mitschuld der Gesamtheit an jedem einzelnen verbrecherischen Morde gesühnt werden kann."

Aus dem Gesichtspunkt der Sühne rechtfertigt auch Kohler die Todesstrafe.[6])

2. Bei den Erörterungen über die Todesstrafe spielt zweifellos das Gefühl eine bedeutsame Rolle.[7])

Berlin 1902; Herm. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, S. 56 f.; Lohsing, Abschaffung der Todesstrafe, in H. Groß' Archiv, Bd. 9, 1902, S. 1—15 (S. 15 f., Anmerkung von H. Groß dazu); Haberda, Über die Art des Vollzugs der Todesstrafe, in H. Groß' Archiv, Bd. 10, 1903, S. 230—356, mit Nachtrag von H. Groß, S. 256 f. (dieser für die Aufhebung); E. Lohsing, Todesstrafe und Standrecht, ebenda S. 305—320; A. Köhler, Reformfragen des Strafrechts, München 1903, S. 20 f.; Fritz Auer, Soziales Strafrecht, München 1903, S. 20 f., 31; Leuß, Aus dem Zuchthause (Kulturprobleme der Gegenwart, herausg. von Leo Berg, VII), Berlin 1903, S. 131 bis 133; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 452—456; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 253—257; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 281—285.

[2]) Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, S. 199: „Es ist keine Gleichartigkeit zwischen einem noch so kummervollen Leben und dem Tode. . . ."

[3]) Metaphysische Anfangsgründe, S. 202.

[4]) Metaphysische Anfangsgründe, S. 199.

[5]) Die Moralstatistik, 3. Aufl., S. 725.

Sekundär kommt nach v. Oettingen für die Beibehaltung der Todesstrafe ihre „faktische Unumgänglichkeit" aus Zweckmäßigkeitserwägungen in Betracht. Vgl. a. a. O. S. 721—726.

[6]) Das Wesen der Strafe, Würzburg 1888, S. 8.

[7]) Vgl. v. Lilienthal, Der Stooß'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs, Z. XV, S. 297. Siehe auch oben, Text zu Note 3.

Die Bekämpfung der Todesstrafe durch Beccaria ist wesentlich naturrechtlich.[8])

Einsichtsvolle Gegner der Todesstrafe erkennen an, daß das Postulat ihrer sofortigen Abschaffung aussichtslos ist.[9])

3. Die Todesstrafe findet ihre Erklärung und Rechtfertigung aus dem Wesen der Strafschuld. Die Tragik des Strafrechts, der Strafschuld und der Strafe, erreicht den Höhepunkt in der Setzung und Vollziehung der Todesstrafe gegenüber jenem Verbrecher, dessen Tun Vernichtung seiner Persönlichkeit heischt.

Der Kulturfortschritt offenbart sich nicht darin, daß die Todesstrafe aufgehoben wird, sondern daß sie ohne Qualen vollzogen wird, während das mittelalterliche Recht zahlreiche Strafschärfungen bei der Todesstrafe kannte, und der Code des délits et des peines (vom 26. Oktober 1795) die Aufhebung der verschärften Todesstrafe noch ausdrücklich hervorzuheben für nötig findet.[10])

Der Fortschritt offenbart sich weiter darin, daß der Kreis der todeswürdigen Verbrechen eingeengt wird.[11])

§ 45. Kulturreform der Freiheitsstrafe.

[1])I. 1. Die mit der Aufklärungszeit einsetzende Reformbewegung wurzelt in jenem Wandel der Kulturanschauungen, der eben durch

---

[8]) Dei delitti e delle pene, erschienen Livorno 1764. In der Übersetzung von Esselborn, Über Verbrechen und Strafen, Leipzig 1905, S. 105—115, 107, (190—199).

[9]) Siehe H. Seuffert und H. Groß in ihren in Note 1 angeführten Schriften.

[10]) p. I, t. I, Art. 2: „La peine de mort consistera dans la simple privation de la vie, sans qu'il puisse jamais être exercé aucune torture envers les condamnés."

[11]) Treffend v. Bar, Die Reform des Strafrechts, Vortrag, im Jahrbuch der internat. Vereinigung für vergleich. Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre zu Berlin, Bd. VIII, Abt. 1, Berlin 1905, S. 29. Die Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, S. 28, heben die Beschränkung der mit dem Tode zu ahndenden Verbrechen hervor, betonen ferner, S. 30, daß der Gesetzgeber hinsichtlich des Umfanges der Anwendung der Todesstrafe auf die Rechtsanschauung und Rechtsüberzeugung in seiner Zeit und in seinem Volke angewiesen sei.

[1]) Literatur: Mittelstädt, Für und wider die Freiheitsstrafen, Z. II, S. 419—449; Kleinfeller, Die Bayerische Literatur über den Vollzug der Freiheitsstrafe, München 1885; v. Holtzendorff-v. Jagemann, Handbuch des Gefängniswesens, 2 Bde., Hamburg 1888; Medem, Strafzumessung und Strafvollzug, Z. VII, S. 135—174; Aschrott, Zur Reform des deutschen Strafen- und Gefängniswesens, Z. VIII, S. 1—50; Köhne, Der internationale Kongreß für Gefängniswesen in Rom, ebenda, S. 439—464; Krohne, Lehrbuch der Gefängniskunde, Stuttgart 1889; Sichart, „Abschaffung des Zuchthauses?", Z. X, S. 392—398; Wirth, ebenda S. 398—400; v. Liszt, Kriminalpolitische Aufgaben, Z. IX, S. 737—754, Z. X, S. 52—65 (die Krim. Aufgaben sind auch ab-

die Bezeichnung „Aufklärungs"zeitalter zum Ausdruck gebracht wird. In ähnlicher Weise sind heute die Herrschaft der Sozial-

gedruckt in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. I, Berlin 1905, S. 290—467); Gutachten v. Liszt, Welche Maßregeln können dem Gesetzgeber zur Einschränkung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe empfohlen werden?, IKV., Bd. I, Heft 1, S. 44—51; Gutachten Garofalo, über dieselbe Frage, ebenda S. 52—59; über Verschärfung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe: Simonson und Kronecker, IKV.. II. Landesversammlung der Gruppe Deutsches Reich, 1891, S. 5—7, Beratung, ebenda, S. 21—50; Baumgarten und Zürcher, Gutachten, Ist Zwangsarbeit ohne Einsperrung geeignet, für gewisse Fälle an die Stelle der kurzzeitigen Freiheitsstrafe zu treten?, IKV. Bd. II, S. 53—58, 76—82; Verhandlungen hierüber, IKV. Bd. II, S. 103—108; Wach, Die Reform der Freiheitsstrafe, Leipzig 1890; Sichart, Die Reform der Freiheitsstrafe nach deutschem Rechte, Z. XI, S. 478—514; Sichart, Über Schärfung und Milderung der Freiheitsstrafe, Z. XIII, S. 906—918; Sichart, Fehler und Mängel unseres heutigen Strafvollzuges, Gutachten, in den Jahrbüchern für Kriminalpolitik und innere Mission, Bd. I, Halle a/S. 1895, S. 81—104; R. Frank, Freiheitsstrafe, Deportation und Unschädlichmachung, ebenda S. 105—116 (auch selbständig erschienen: Gießen 1895); R. Braune, Die Arbeitsprämien der Gefangenen, Z. XV, S. 598—615; J. Munk und Uffelmann, Die Ernährung des gesunden und kranken Menschen, 3. Aufl., von Munk und Ewald, Wien und Leipzig 1895, S. 366—373 (Kost in Gefängnissen); Vargha, Die Abschaffung der Strafknechtschaft, 2 Teile, Graz 1896/97, dazu: A. Baer, Vergeltung oder Bevormundung in den Verbrecherstrafen, Z. XIX, S. 201—211; Aschrott, Strafen- und Gefängniswesen in England während des letzten Jahrzehnts, Z. XVII, S. 1—52; Sichart, Strafensystem auf soziologischer Grundlage, Z. XVII, S. 374—389; R. v. Hippel, Beiträge zur Geschichte der Freiheitsstrafe, Z. XVIII, S. 419—494, 608—666; Herm. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, S. 61—68; Kahl, Die Reform des deutschen Strafrechts im Lichte evangelischer Sozialpolitik, Verh. des 14. evang.-soz. Kongresses, Göttingen 1903, S. 94, 108—110; A. Köhler, Reformfragen des Strafrechts, S. 21—29; Hürbin, Gemeinschaftshaft oder Einzelhaft?, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 16, 1903, S. 228—237; Hans Leuß, Aus dem Zuchthause (Kulturprobleme der Gegenwart, herausg. v. Leo Berg, VII), Berlin 1903; Fritz Auer, Soziales Strafrecht, München 1903, S. 21—23, 31—34; Cas. Wagner, Die Strafinseln, Stuttgart 1904, S. 99—178; Treu, Pensum und Zwangsarbeit in den Strafanstalten, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. I, S. 759—768; Treu, Der Bankrott des modernen Strafvollzugs und seine Reform, Stuttgart 1904; Heimberger, Zur Reform des Strafvollzugs, Leipzig 1905; Fritz Auer, Zur Psychologie der Gefangenschaft, Untersuchungshaft, Gefängnis und Zuchthausstrafe, geschildert von Entlassenen, München 1905; Gennat, Das Strafensystem und seine Reform, Hamburg 1905; Großmann, Österreichische Strafanstalten, Wien 1905; v. Liszt, Die Reform der Freiheitsstrafe (1890), Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. I, S. 511—536; Goetze, Einzelhaft und Gefangenenbibliothek, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. II, S. 557—571; Freudenthal, Haftwirkungs-Enqueten, ebenda S. 145—156; Hoegel, Zur Reform der Freiheitsstrafen, ebenda S. 356 bis 388; L. v. Bar, Die Reform des Strafrechts. Vortrag, im Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, Bd. VIII, Abt. 1, Berlin 1905, S. 3—7, 29 f.; E. Spira, Die Zuchthaus- und Gefängnisstrafe, ihre Differenzierung und Stellung im Strafgesetze, München 1905;

ethik und die Ausdehnung der psychologischen Forschung die Wurzeln der neuhumanistischen Reformbewegung.

Vor allem zeigt die durch das Studium der Verbrecherpsychologie veranlaßte Tatsachenforschung die Mißstände beim Vollzug der Freiheitsstrafen in grellem Licht. Den Zeitgenossen sind hierdurch die Augen dafür geöffnet worden, daß in den Strafanstalten die Insassen körperlich ruiniert, seelisch verdorben werden. Mit Schaudern erkennt man, daß die Gefängnisse und Zuchthäuser in ihren Mauern „hunderttausend verwesende, aber noch lebende Menschenleiber“[2]) bergen.

2. Der Strafvollzug ist vielfach gesundheitsschädigend.

Wie insbesondere aus den Berichten von Untersuchungs- und Strafgefangenen in Auer's Sammlung und aus dem Buche von Leuß zu entnehmen ist, bewirkt die Gefängnishaft häufig dauernde Gesundheitsschädigung,[3]) Magenleiden,[4]) Anämie,[5]) Tuberkulose;[6]) auch nervöse Störungen,[7]) jedenfalls bei Leuten, die psychisch leicht erregbar sind.

Die Gesundheitsschädigungen der Sträflinge werden durch das Zusammentreffen verschiedener Momente verursacht: es fehlt an richtiger Kost, an guter Luft, an ausreichender Reinlichkeit.

Die Zuchthauskost ist meist ungeeignet, namentlich zu fettarm,[8]) auch zu monoton.[9])

Die Luft wird durch die Ausdünstung der Menschen und durch

Gradnauer, Das Elend des Strafvollzugs, Berlin 1905; Kitzinger, Die Internationale Kriminalistische Vereinigung, S. 84—92, 136 f.; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 285—299.

[2]) Leuß, Aus dem Zuchthause, S. 90.

[3]) Zur Psychologie der Gefangenschaft, S. 39, 69, 72, 77, 85 f., 98 f., 121, 132. Vgl. auch Munk und Uffelmann, Ernährung des gesunden und kranken Menschen, S. 367; C. Wagner, Die Strafinseln, S. 99—141; Heimberger, Zur Reform des Strafvollzugs, S. 6 f.

[4]) Leuß, Aus dem Zuchthause, S. 98 f., 100.

[5]) Leuß, Aus dem Zuchthause, S. 129.

[6]) Leuß, Aus dem Zuchthause, S. 72, 129, 150 f., 172, 193; C. Wagner, Die Strafinseln, S. 99—141.

[7]) Zur Psychologie der Gefangenschaft, S. 19, 24, 25 f., 31, 75 f.

[8]) Auer, Zur Psychologie der Gefangenschaft, S. 9, 20, 44, 71, 76, 101, 106, 120 f.; siehe jedoch dort S. 23, 24, 73, 126; Leuß, Aus dem Zuchthause, S. 79, 97 bis 101.

[9]) Auer, Zur Psychologie der Gefangenschaft, S. 24, 51, 92, 114; C. Wagner, Die Strafinseln, S. 104 f.

Siehe hiezu Munk und Uffelmann, Die Ernährung des gesunden und kranken Menschen, S. 371.

die Koteimer in den Zellen verpestet.[10]) Auch über ungenügendes Licht wird geklagt,[11]) vor allem aber über Mangel an zureichender reiner Luft und an Bewegungsmöglichkeit.[12]) Es besteht ferner zu wenig Badegelegenheit.[13])

Die Lektüre ist oft unzureichend und inhaltlich vielfach nicht geeignet.[14])

Das Wärterpersonal ist nicht selten unnötig rücksichtslos oder hämisch.[15])

3. Die Arbeit schädigt durch ihre Monotonie. Das Dütenkleben, Wergzupfen, Nachtlichterstecken wirken abstumpfend.[16])

Geklagt wird auch über veraltete Maschinen und über Handarbeit an Stelle notwendiger Maschinenarbeit, im Gegensatz zu den Betriebsweisen außerhalb der Anstalt.[17])

Zwangsarbeit und Arbeitspensum belasten viele Gefangene über ihre Kraft.[18])

---

[10]) Auer, Zur Psychologie der Gefangenschaft, S. 20, 21, 49, 58, 63. 72, 76 f., 100, 107, 121.

[11]) Auer, Zur Psychologie der Gefangenschaft, S. 33, 49.

[12]) Auer, Zur Psychologie der Gefangenschaft, S. 72, 107; Leuß, Aus dem Zuchthause, S. 186.

[13]) Auer, Zur Psychologie der Gefangenschaft, S. 34.

[14]) Auer, Zur Psychologie der Gefangenschaft, S. 21, 28, 32, 43, 50, 60, 80, 89, 101, 109, 126; siehe jedoch dort S. 68. Vgl. auch Goetze, Einzelhaft und Gefangenenbibliothek, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. II, S. 557—571. S. 569 f.: „. . . unsere Bedürfnisse und unsere Mittel stehen in einem schreienden Gegensatze zu einander. Und darum entweder fort mit der Gefangenenbibliothek, aber dann auch fort mit der Einzelhaft, denn ohne Bibliothek ist die Einzelhaft ein Schaden — oder richtet die Bibliothek so ein, daß sie ihren Zweck erfüllt, nämlich die Einzelhaft zu der segensreichen Einrichtung macht, die sie sein soll und kann."

[15]) Auer, Zur Psychologie der Gefangenschaft, S. 25, 27, 50, 127, 130; siehe jedoch dort S. 53, 57, 64 f., 73, 79, 90, 100, 101, 115 f., 129. Vgl. über die Frage auch Treu, Der Bankrott des modernen Strafvollzugs, S. 19—22; Heimberger, Zur Reform des Strafvollzugs, S. 7.

[16]) Auer, Zur Psychologie der Gefangenschaft, S. 36, 37, 65, 74, 79, 109.

[17]) Treu, Der Bankrott des modernen Strafvollzugs, S. 12 f.; Leuß, Aus dem Zuchthause, S. 157.

[18]) Treu, in der Monatsschrift für Kriminalpsychologie, Bd. I, S. 768: „Nach dem Dargelegten ergeben sich die Forderungen: 1. An Stelle der Zwangsarbeit ist die Selbstbeschäftigung der Gefangenen in allen Fällen zuzulassen, welche die Gewähr bieten, daß der Gefangene sich in nützlicher und fruchtbringender Weise beschäftigen werde. 2. Für die Zwangsarbeit ist das Pensum zu beseitigen."

Vgl. auch Treu, Der Bankrott des modernen Strafvollzugs, S. 15—18.

4. Auch in ethischer Hinsicht weist der Strafvollzug grelle Mißstände auf.

Masturbation[19]) und homosexueller Verkehr[20]) sind häufige Erscheinungen.

Die Disziplin wird überhaupt nur äußerlich befolgt, in Wahrheit wird die Hausordnung fortgesetzt umgangen. Heuchelei, Lüge, Durchstecherei sind unausbleibliche Folgen des ganzen Systems der Verwaltung.[21])

Von Reue ist blutwenig zu bemerken;[22]) höchstens besteht Bedauern über das Ertapptwordensein.

Die Gemeinschaftshaft wirkt auf die besseren Elemente demoralisierend; die Verdorbensten geben den Ton an[23]) und verführen die übrigen; denn die menschliche Eitelkeit reicht soweit, daß, wer nicht gute Eigenschaften aufweisen kann, mit seinen schlechten sich brüstet, und der Verworfenste ist in schlechter Gesellschaft der Angesehenste. Die Zellenbüßer sind vor Verführung bewahrt, aber sie verkümmern vielfach geistig und sittlich.[24])

5. Das abschließende Urteil geht dahin:

Die Strafanstalten vernichten die Psyche der Verbrecher,[25]) zerstören die beim Wiedereintritt in das Leben doppelt notwendige Energie.[26])

Die Freiheitsstrafe ist daher in ihrer heutigen Vollzugsform dringend reformbedürftig.

7. Die Untersuchungshaft bringt unverdorbene Elemente mit ergrauten Gewohnheits- und Gewerbsverbrechern in enge Berührung, bildet daher die hohe Schule der Verbrecher. Hieraus erwächst das Postulat durchgehender Einzelhaft gegenüber Unter-

---

[19]) Auer, Zur Psychologie der Gefangenschaft, S. (38?), 44, 72, 74, 84, 91, 110.

[20]) Auer, Zur Psychologie der Gefangenschaft, S. 49, 52, 84, 110, 132; Leuß, Aus dem Zuchthause, S. 104.

[21]) Treu, Der Bankrott des modernen Strafvollzugs, S. 9, 19—40; Auer, Zur Psychologie der Gefangenschaft, passim; Heimberger, Zur Reform des Strafvollzugs, S. 7.

[22]) Auer, Zur Psychologie der Gefangenschaft, S. 39 f., 46, 50, 80; siehe jedoch dort S. 74.

[23]) Auer, Zur Psychologie der Gefangenschaft, S. 94 f., 110, 114, 134 und sonst.

[24]) C. Wagner, Die Strafinseln, S. 141—163.

[25]) Vgl. Treu, Der Bankrott des modernen Strafvollzugs, S. 40—80; Heimberger, Zur Reform des Strafvollzugs, S. 7 f.; siehe auch R. Frank, Freiheitsstrafe, Deportation und Unschädlichmachung, in den Jahrbüchern für Kriminalpolitik und innere Mission, Bd. I, S. 114.

[26]) Leuß, Aus dem Zuchthause, S. 182—187.

suchungsgefangenen. Diese ist nur durchzuführen, wenn die Verhängung von Untersuchungshaft eingeschränkt wird. Untersuchungshaft wird heute nicht selten unnötig verhängt. Die Kommission für die Reform des Strafprozesses hat denn auch die Aufhebung der präsumierten Fluchtgefahr beschlossen. Die Einschränkung der Untersuchungshaft ist auch angezeigt, weil die Haft die finanzielle Position[27]) des Verhafteten und seiner Familie untergräbt.

Die unnütz lange Dauer der Ungewißheit im Vorverfahren wirkt als Folter.[28])

7. Infolge der unzureichenden Scheidung der Strafen gemäß dem Verschulden im heutigen Recht klebt fast bei jeder Vorstrafe ein dauernder Makel an dem auch nur einmal Verurteilten.[29])

II. 1. Aus dem Dargelegten erhellt die Reformbedürftigkeit der Freiheitsstrafe. Es wäre indes durchaus verfehlt, wollte man die Reformmaßnahmen einseitig durch bloße Verbesserung des Strafvollzugs betreiben. Die beim Strafvollzug zu Tage tretenden grellen Mißstände wurzeln nur zum Teil im Vollzug der Strafe selbst; überwiegend gründen sie in der häufigen Divergenz zwischen Schuld und Bestrafung.

Der Schematismus, das Schablonenhafte in zahlreichen Strafdrohungen des geltenden deutschen Rechts bringt es mit sich, daß grundverschiedene Verschuldung in wesentlich einheitlicher Weise gebüßt wird, daß Verbrecher schwerer und geringer Schuld über einen Kamm geschoren werden. Selbst die Scheidung zwischen Zuchthaus und Gefängnis ist keine durchgreifende; bei einem humanen Zuchthausdirektor erscheint Zuchthausstrafe als eine mildere Strafart gegenüber der Gefängnisstrafe unter einem rigorosen Gefängnisdirektor.

2. Die deutschen Strafanstalten sind überfüllt, die Beamten sind überlastet. Es werden unnötig viele Freiheitsstrafen, Freiheitsstrafen von unnötig langer Dauer verhängt.

Der bedeutsamste Mißstand unseres Strafvollzugs liegt darin, daß die Freiheitstrafe nicht die bloße Ausschließung des Verbrechers aus der bürgerlichen Gesellschaft bewirkt, sondern darüber hinaus seine psychische und oft auch physische Marterung durch die Einkerkerung, durch jahrelange Einschließung in Zellen oder Räume

[27]) Auer, Zur Psychologie der Gefangenschaft, S. 30 f., 42.

[28]) Auer, Zur Psychologie der Gefangenschaft, S. 47 f., 70, 104.

[29]) C. Wagner, Die Strafinseln, S. 163 178; Auer, Zur Psychologie der Gefangenschaft, S. 21 f., 69, 136.

gleich den Menageriekäfigen, in denen wilde Tiere beherbergt werden. In der Tat! Man behandelt den Sträfling nicht wie einen verbrecherischen Menschen, sondern wie ein reißendes Tier . . .

3. Das Grundpostulat für die Humanisierung des Strafvollzugs geht deshalb dahin: Aufrechterhaltung **der Ausschliessung des Verbrechers aus der bürgerlichen Gesellschaft**, jedoch unter Beseitigung marternder **Einkerkerung.** Mit anderen Worten, es dreht sich darum, das Strafensystem so auszugestalten, daß für den Verbrecher — unbeschadet des Charakters der Strafe — größere Bewegungsfreiheit verbleibt.

Im einzelnen könnte dieses Postulat folgendermaßen verwirklicht werden:

a) Der Verbrecher mittlerer Strafschuld soll nur vorübergehend aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Die Strafdauer muß für ihn so bemessen werden, daß er nach Verbüßung der Strafe die Kraft, in der Gesellschaft sein Fortkommen zu suchen, noch besitzt oder wiedergewinnt. Daraus ergibt sich für Bemessung der mittleren Strafart, des Gefängnisses, eine Höchstdauer von zwei Jahren. Wenn sich Vergehen und mittlere Strafschuld decken, was nach der von mir postulierten Einteilung der Strafhandlungen (vgl. oben § 25) unschwer zu erreichen ist, dann liegt in der Bemessung der Freiheitsstrafe mit einer zwei Jahre übersteigenden Höchstdauer eine Grausamkeit gegenüber dem Verbrecher, die von gar keinem Gesichtspunkt aus gerechtfertigt werden kann.

Auf Grund rationeller Gestaltung der Strafdrohung und des Strafvollzugs kann die Zahl der Gefängnissträflinge erheblich gemindert, die Strafdauer gekürzt werden; dann erwächst die Möglichkeit, ohne Mehrkosten den Strafvollzug so zu gestalten, daß der Individualität des Gefangenen erhöht Rechnung getragen wird. Dies gilt in erster Linie von der Art der Beschäftigung, bei der möglichst die frühere Tätigkeit des Sträflings und die Rücksicht auf sein künftiges Fortkommen nach Verbüßung der Strafe in Betracht gezogen werden sollten, während die wirtschaftlichen Gesichtspunkte einer billigen Gefängnisverwaltung zurücktreten müßten. Der aus geringerem Ertrag der Gefängnisarbeit erwachsende Nachteil ist für den Staat verschwindend klein gegenüber der Möglichkeit, den Gefangenen vor künftigem Rückfall ins Verbrechen zu bewahren.

Auch hinsichtlich der Ernährung sollte in höherem Maße der Individualität der Gefangenen Rechnung getragen werden. Die Gefängniskost ist heute für robuste Arbeiter zugeschnitten, nicht für

Leute, denen gute Luft und ausreichende Bewegung entzogen sind. Strafweise Kostentziehung oder -Herabsetzung ist aus Rücksicht auf die Erhaltung der Gesundheit der Sträflinge möglichst zu vermeiden.[30])

Diese Reformen sind unschwer durchführbar, wenn die Gefängnisstrafe, statt in großen Zentralanstalten, in Landgerichtsgefängnissen (für jeden Landgerichtsbezirk eine Strafanstalt) vollzogen würde. Jede Anstalt müßte industrielle, wie auch landwirtschaftliche Beschäftigung ermöglichen.

b) Die Haft als Strafe mildester Strafart könnte im wesentlichen bleiben, wie sie ist; mit folgenden Modifikationen:

Unbedingte Trennung der Häftlinge von Untersuchungsgefangenen, während heute oft der zu Haftstrafe Verurteilte mit schwersten Verbrechern als Untersuchungsgefangenen gemeinsam haust.

Die Haftstrafe sollte künftig mit Arbeitszwang verbunden sein, wobei jedoch dem Häftling die Wahl der Arbeit freistünde.

Die Haft wäre in Amtsgerichtsgefängnissen oder Gemeindeanstalten zu vollziehen.

Mindest- und Höchstmaß der Haftstrafe vertragen eine Ermäßigung.[31])

c) Für die Zuchthausstrafen kämen nur Zentralanstalten in Betracht.

Der Vollzug müßte ähnlich wie heute gestaltet werden, jedoch unter größerer Bedachtnahme auf die Gesundheit des Verbrechers.

d) Bei der Verurteilung zu einer fünf Jahre übersteigenden Freiheitsstrafe müßte an Stelle des Zuchthauses Deportation, wenn nicht obligatorisch, doch zumindest zulässig sein.[32])

Hierdurch allein erwächst die Möglichkeit, Verbrecher schwerster Gattung, deren Verbrechen nicht todeswürdig ist, in einer ihrem Verschulden entsprechenden Weise zu strafen und ihnen gleichwohl

---

[30]) J. Munk und Uffelmann, Die Ernährung des gesunden und kranken Menschen, 3. Aufl., S. 373: „Die Strafe der Entziehung von Nahrung sollte für die Gefangenen ... nur im Notfalle, d. h. wenn andere disziplinarische Mittel nicht ausreichen, auch nur wenn das betreffende Individuum nicht schon körperlich heruntergekommen ist und lediglich auf ganz kurze Zeit zur Anwendung gelangen, weil die Gefangenen sich ohnehin kaum im stofflichen Gleichgewicht zu erhalten vermögen. Auch die ausschließliche Verabfolgung von „Wasser und Brot" darf, da letzteres keine Nahrung ist, bloß auf einige wenige Tage beschränkt werden."

[31]) Vgl. unten § 46.

[32]) Vgl. unten §§ 46, 47.

so viel Bewegungsfreiheit im Strafvollzug zu verstatten, daß sie nicht gleich einem gefangenen wilden Tier den größten Teil ihres Lebens in einem Käfig zubringen müssen.

§ 46. Abstufung der Arten der Freiheitsstrafen nach der Schuld.

1. Der grundlegende Fehler unseres Systems der Freiheitsstrafen besteht darin, daß sie zu wenig der Schuld des Verbrechers angepaßt sind.

Dies tritt bereits ganz äußerlich in der Bemessung der Strafen zu Tage. Die Idee, die der Dreiteilung Haft, Gefängnis-, und Zuchthausstrafe zugrunde liegt, ist, daß Haft gegenüber leichten, Gefängnis gegenüber mittleren, Zuchthaus gegenüber schwersten Rechtsbrüchen statthaben soll. Demgemäß sind auch die Strafmaxima abgestuft. Im Regelfall übersteigt das Maximum der Zuchthausstrafe jenes der Gefängnisstrafe, das Maximum der Gefängnisstrafe jenes der Haft. Der Fehler, der Formalismus, der hierin liegt, beruht in der bloßen Abstufung nach dem Höchstmaß der Strafen, statt nach den tatsächlich im Regelfall erkannten Strafen. Der Regelfall ist ja nicht die Zuerkennung des Strafmaximums, sondern einer geringeren Strafe. Folgeweise ergibt sich die Paradoxie, daß jemand wegen Diebstahls, Unterschlagung, Körperverletzung etc. zu einer einwöchigen Gefängnisstrafe verurteilt wird, während ein anderer wegen Unfugs, Bettels oder anderer Übertretung eine zweiwöchige Haftstrafe verbüßt. Oder die Paradoxie, daß der eine zu vierjähriger Gefängnisstrafe, der andere zu einjähriger Zuchthausstrafe verurteilt wird.

Die durchaus richtige Idee bei der Dreiteilung der Freiheitsstrafen ist, daß diese im Regelfall sich je nach der Schwere der Straftat (Verbrechen, Vergehen, Übertretungen) abstufen sollen, sodaß also die Strafart im Einklange mit der schwereren oder geringeren Verschuldung steht; ferner daß die Abstufung auch in der verschieden bemessenen Höhe der Strafdrohung zum Ausdruck kommt. Damit aber diese Idee auch zum Leben im Strafvollzug erweckt werde, muß das Strafminimum jeder schwereren Strafart größer sein, als das Strafmaximum der nächstniedrigen, oder es darf das Mindestmaß der schwereren Strafart erst da beginnen, wo das Höchstmaß der nächstniedrigeren Strafart endigt.

So ließen sich sehr wohl folgende Strafrahmen bestimmen:

Haft von sechs Stunden bis zu 4 Wochen. Strafe der Übertretungen.

Gefängnisstrafe von 4 Wochen oder 1 Monat bis zu 2 Jahren. Strafe der Vergehen.[1])

Zuchthausstrafe von 2 Jahren aufwärts.[2]) Strafe der Verbrechen. (Bei einer Strafdauer von fünf Jahren aufwärts hätte neben die Zuchthaus- die Deportationsstrafe zu treten.)[3])

Hierdurch wäre bereits äußerlich, durch die Strafdauer, die verschiedengeartete Intensität der Strafschuld und der Strafwirkung klargestellt. Dies ist aber auch innerlich gerechtfertigt. Mag man die Strafvollstreckung innerhalb der verschiedenen Arten von Freiheitsstrafe noch so sehr nuancieren, gemeinsam bleibt ihnen stets die Freiheitsentziehung. Und die Freiheitsentziehung als solche ist um so schwerer fühlbar, je länger sie andauert. Aus dem Gesichtspunkte der Freiheitsentziehung ist der zu vierjähriger Gefängnishaft Verurteilte weit schwerer bestraft als der andere, der nur zwei Jahre als Büßer im Zuchthaus verbringt.

2. Innerhalb einer Strafgattung wird heute grundverschiedenes Verschulden gebüßt.

Der Idee nach ist Haft die Strafe für Ordnungswidrigkeiten, für „Übertretungen". Das größte Kontingent der Häftlinge bilden indes heute die Bettler und Landstreicher. Scheidet die Strafreform echten Bettel und echte Landstreicherei von der Haft aus,[4]) dann bleibt die Haft als Strafe für Übertretungen schlechthin, d. h. insbesondere für Straftaten, die heute den Vergehen zugehören, aber nur eine ganz leichte Verschuldung in sich schließen: Entwendung, einfache Beleidigung, leichte Körperverletzung etc., ferner gegen-

[1]) Über Zweikampf und Festungsstrafe vgl. oben § 24; siehe auch unten, Ziff. 5 dieses Paragraphen.

Über Arbeitshausstrafe vgl. oben § 32.

[2]) Strafgesetzbuch Preußen 1851, § 10, Abs. II, hatte bereits die Dauer der zeitigen Zuchthausstrafe auf mindestens zwei bis höchstens 20 Jahre festgesetzt. Beide Grade wurden als zu hoch angefochten (vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Berlin, Juli 1869, S. 31). Allein nach Preuß. Strafgesetzbuch war die Schwere der mit Zuchthaus bedrohten Straftaten eben vielfach derart gering, daß Schuld und Strafe nicht im Einklang standen.

Nach dem neuen Stooß'schen Entwurf, Art. 18, beträgt die zeitige Zuchthausstrafe 1—15 Jahre; die Gefängnisstrafe 8 Tage bis 1 Jahr, jedoch mit Erstreckung bis zu 5 Jahren in den gesetzlich bestimmten Fällen. Auch hier fallen Minimum der Zuchthaus- und (ordentliches, gewöhnliches) Maximum der Gefängnisstrafe zusammen.

[3]) Vgl. unten § 47.

[4]) Vgl. oben § 32.

über Handlungen, die nach ihrer objektiven Beschaffenheit als Vergehen (i. e. S.) erscheinen, bei geringerer Schuld.[5])

Dann kann die Haftstrafe sehr wohl auf ein Maximum von 4 Wochen begrenzt werden, vielleicht wären schon 14 Tage genügend; sie kann aber zugleich auch auf ein Minimum eingeschränkt werden, das zwar hinreicht, um dem Bestraften einen Denkzettel zu geben, jedoch ihn nicht um einen Arbeitstag schädigt, sondern die Verbüßung in freier Zeit (Sonntags) ermöglicht, sodaß hier ein Minimum von 6 oder 12 Stunden genügt. Muß denn jeder Sträfling in der Haft schlafen? Muß jeder die Bekanntschaft mit dem Gefängnisungeziefer machen, jenem ungewollten Residuum aus der Zeit der Leibesstrafen?

Die Bedenken, die gegen die kurze Freiheitsstrafe geäußert werden, sind hinfällig, sobald die Haft schon äußerlich etwas nach Strafschuld und nach Strafart Verschiedenartiges gegenüber dem Gefängnis bedeutet.[6])

Überdies erübrigt für geeignete Fälle die Zulassung der bedingten Verurteilung.[7])

3. Die Gefängnisstrafe bliebe hiernach für echte Verbrechen (i. w. S.), die jedoch den Täter als einen Menschen erscheinen lassen, der nur gelegentlich entgleist ist: einfacher Diebstahl, Betrug, Unterschlagung, Untreue; Verleumdung und schwere Körperverletzung; fahrlässige Tötung etc.

Die Gefängnisstrafe erschiene demnach als Grundstrafe gegenüber Vergehen i. e. S.

Damit erwächst die Möglichkeit, das Mindestmaß der Gefängnisstrafe auf vier Wochen festzusetzen. Die ordentliche Freiheitsstrafe gegenüber Straftaten mittlerer Verschuldung ist mit dem Mindestmaß von vier Wochen nicht zu hoch bemessen.

In allen Fällen dieser Art soll dem Täter die Rückkehr in die alten Verhältnisse ermöglicht sein. Dafür ist aber eine zweijährige

---

[5]) Vgl. oben § 25, Ziff. 3c.

[6]) Für die Abschaffung der kurzen Freiheitsstrafe und Hinaufsetzung des Mindestmaßes der Gefängnisstrafe auf 6 Wochen namentlich v. Liszt, Kriminalpolitische Aufgaben, Z. IX, S. 737 ff., Bd. X, S. 52—65. Die Übertretungen sollen hienach ausschließlich mit Geldstrafe bedroht werden. Warum soll aber bei Strafschuld mindesten Grades nicht auch Strafhaft mildester Art zulässig sein? — vorausgesetzt, daß der Häftling nicht mit Verbrechern schweren Verschuldens zusammengebracht wird.

[7]) Echter Bettel und echte Arbeitsscheu wären mit Arbeitshausstrafe bedrohte Vergehen. Vgl. oben § 32.

Freiheitsstrafe das denkbar höchste Maximum. Sowohl die Verschuldung des Täters, wie auch die Rücksicht auf Erhaltung seiner Soziabilität ermöglichen keine höhere Strafe. Man muß sich bei jeder Strafdrohung vor Augen halten: Was hat der Täter durch die Tat verbrochen? Was verbricht die Gesamtheit an ihm durch den Strafvollzug?

Daß das Strafmaximum der Vergehensstrafe mit fünf Jahren nach heutigem Recht zu hoch bemessen ist, ergibt sich schon aus der Erfahrungstatsache, daß in der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle die erkannte Vergehensstrafe im untersten Teil des Strafrahmens verbleibt.

4. Die Zuchthaus- und die Deportationsstrafe sollen entehrend[8]) wirken.

Zuchthaus und Strafverschickung sind die Grundstrafen für Verbrechen i. e. S., und zwar die Zuchthausstrafe gegenüber solchen Handlungen und Personen, bei denen eine Rückkehr in bürgerliche Verhältnisse einigermaßen wahrscheinlich ist, Deportationsstrafe gegenüber jenen, bei denen die verbrecherische Dauerqualität festgestellt erscheint. Hiernach ergäbe sich die in Zentralanstalten zu vollziehende[9]) Zuchthausstrafe als ordentliche Strafe von 2 bis zu 5 Jahren gegenüber Verbrechen i. e. S., Deportationsstrafe als ordentliche Strafe gegenüber qualifizierten Verbrechen, und zwar entweder als zeitige Strafe im Zeitraum von 5 bis zu 20 Jahren, oder als lebenslängliche Strafe.[10]) An Stelle der Deportationsstrafe würde 5- bis 20jährige, bezw. lebenslängliche Zuchthausstrafe treten in jenen Fällen, in welchen das Alter oder der Gesundheitszustand des Verbrechers die Strafverschickung nicht verstatten.

Gegenüber schwerster Blutschuld verbliebe Todesstrafe.[11])

5. Während der Zuchthaus- und der Deportationsstrafe der Stempel der Entehrung aufzudrücken ist, bestehen umgekehrt Strafhandlungen, die im Hinblick auf den schweren objektiven Erfolg,

[8]) Wach, Die Reform der Freiheitsstrafe, S. 7: „Die entehrende Wirkung hat man, doktrinär genug, dem Zuchthaus abgesprochen. Gewiß: nicht die Strafe, sondern das Verbrechen entehrt; aber dem entehrenden Verbrechen sollte die äußerlich entehrende Strafe entsprechen. Jetzt entscheidet der Richter im einzelnen Fall, ob der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte einzutreten habe. . . . So wird unterschiedslos der Zuchthäusler und Gefangene der Ehrenstrafe unterworfen oder nicht unterworfen und damit zugleich der dem Zuchthaus anhaftende besondere Makel verwischt."

[9]) Vgl. oben § 45.

[10]) Vgl. oben § 29, Ziff. 3 und 4d; unten § 47.

[11]) Vgl. oben § 44.

auf die Rechtsverletzung oder -gefährdung, mit Freiheitsstrafe zu sühnen sind, aber nach der subjektiven Seite den Verbrecher als ethisch vollwertig erweisen: Strafhandlungen aus ehrenhaftem Motiv,[12]) insbesondere Zweikampf.[13])

Hier erscheint als Strafe die Festungshaft des geltenden Rechts angezeigt, wobei dem zu höchstens vierwöchiger Strafe Verurteilten die Wahl gelassen werden könnte, die Strafe in der Festung oder als Haftstrafe zu verbüßen.

§ 47. Deportation.

[1])1. Die Strafverschickung hat in der Neuzeit in Deutschland zunehmend an Anhängern gewonnen, obschon es auch an namhaften Gegnern nicht fehlt.

---

[12]) Vgl. oben § 25, Ziff. 3, b und c; § 28, Ziff. 3c, 4b.

[13]) Vgl. oben § 24.

[1]) Literatur:

Frz. v. Holtzendorff, Die Deportation als Strafmittel in alter und neuer Zeit und die Verbrecherkolonien der Engländer und Franzosen in ihrer geschichtlichen Entwicklung und kriminalpolitischen Bedeutung dargestellt, Leipzig 1859; v. Holtzendorff, Die Deportationsstrafe im römischen Altertum, Leipzig 1859; v. Jagemann in v. Holtzendorff-v. Jagemann, Handbuch des Gefängniswesens, Bd. I, Hamburg 1888, S. 370—379; Krohne, Lehrbuch der Gefängniskunde, Stuttgart 1889, S. 267 bis 269; R. Frank, Freiheitsstrafe, Deportation und Unschädlichmachung, in den Jahrbüchern für Kriminalpolitik und innere Mission, Bd. I, Halle a/S. 1895, S. 105—129 (auch selbständig erschienen, Gießen 1895); Felix Friedrich Bruck, Fort mit den Zuchthäusern, Breslau 1894; Bruck, Neu-Deutschland und seine Pioniere, Breslau 1896; Bruck, Die gesetzliche Einführung der Deportation im Deutschen Reich, Breslau 1897; Bruck, Die Gegner der Deportation, Breslau 1901; Bruck, Noch einmal die Deportation und Deutsch-Südwestafrika, Breslau 1906; Foinitski et Georges Bonet-Maury, La transportation russe et anglaise, avec une étude historique sur la transportation, Paris 1895; v. Stengel, Die Anlegung von Strafkolonien in den deutschen Schutzgebieten, Münchener Allgemeine Zeitung, Beilage, 1896, Nr. 154, 155, 157; Gutachten über die Deportationsfrage in IKV. Bd. 6, 1897, von Rosenfeld, Leveillé, Freund, Dimitri Drill, Bruck, Fani, J. C. F. Frazão; Gutachten Bornhak, Empfiehlt sich ein Versuch der Deportation nach den Kolonien als Strafe?, Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages, Bd. I, 1897, S. 134—168; Gutachten Freund über dieselbe Frage, ebenda, Bd. II, S. 53 ff.; Referat Bruck über dieselbe Frage, Bd. IV, 1898, S. 310—325; Gegenthese Korn, daselbst S. 325—334; Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 947 f., 1047 f.; Thuemmel, Die Deportation als Strafmittel oder Strafart?, Gerichtssaal Bd. 56, 1899, S. 1—45; (Gentz), Deportation nach Deutsch-Südwestafrika, Beiträge zur Kolonialpolitik und Kolonialwirtschaft, Bd. III, Berlin 1901/02, S. 484—486; Hermann Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, S. 59—61; de Witté, La déportation (ssylka) et la transportation (katorga) en Russie, IKV. Bd. 10, 1902, p. 103—158; Leveillé, La transportation, ebenda p. 319—328;

Als unermüdlicher Vorkämpfer der Deportation ist Bruck[2]) hervorzuheben. Auch R. Frank schlägt (aus dem Gesichtspunkte der relativen Theorien) vor:[3]) „Zur Ergänzung des Strafensystems ist die Deportation für solche Sträflinge ins Auge zu fassen, deren Verbrechen eine härtere Strafe fordert, als fünfjährige Freiheitsstrafe." Ebenso tritt Heimberger[4]) für die Deportation ein.

Entgegen den Gutachten Bornhak, der befürwortete, im Verwaltungswege einen Versuch mit der Deportation zu machen, und Freund, der überseeischen Strafvollzug ohne Zwangsansiedelung empfohlen hatte,[5]) beschloß der 24. Deutsche Juristentag:[6]) „Die De-

Leroy-Beaulieu, De la colonisation chez les peuples modernes, 5. éd., Paris 1902, t. II, p. 100—119 (La Guyane), 284—286 (Nouvelle-Calédonie), 365—374 (L'Australie); Oskar Priester, Die Verurteilung Vorbestrafter oder die Notwendigkeit der gesetzlichen Einführung der Deportationsstrafe auf Grund der jüngsten Criminalstatistik. Gerichtssaal Bd. 60, 1902, S. 427—432; Loewenstimm, Die Deportation nach Sibirien vor und nach dem Gesetze vom 12. Juni 1900, Z. XXIV, S. 88—128; Ernst Rosenfeld, Verschickung freiwillig auswandernder Insassen der Gefängnisse von Mecklenburg nach Brasilien in den Jahren 1824 und 1825, ebenda S. 412—425; Cas. Wagner, Die Strafinseln, Stuttgart 1904; Kohler, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Leipzig 1905, S. 165 f.; Heimberger, Zur Reform des Strafvollzugs, Leipzig 1905, S. 9 bis 12, 35—40; Kitzinger, Die IKV., 1905, S. 116—121 (Die Transportation); Zimmermann, Kolonialpolitik (Frankenstein-v. Heckel, Hand- und Lehrbuch der Staatswissenschaften I, 18), Leipzig 1905, S. 175—193 (über Strafkolonisation); M. E. Mayer, Gutachten über die strafrechtliche Behandlung von Rückfall, gewohnheitsmäßigem und gewerbsmäßigem Verbrechertum, Verhandlungen des 28. Deutschen Juristentages, Bd. I, 1905, S. (145—200), 180—183.

Gegen die Deportation insbesondere: Korn, These, siehe oben; Korn, Empfiehlt sich der Versuch der Deportation nach Kolonien als Strafe und der Vorschlag bedingter Begnadigung für den Fall der Auswanderung?, in der Deutschen Juristenzeitung 1898, S. 374—376; Korn, Ist die Deportation unter den heutigen Verhältnissen als Strafmittel praktisch verwendbar?, von der Holtzendorff-Stiftung mit dem Preis gekrönte Arbeit, Berlin 1898; Beratungen des 24. Deutschen Juristentages, Bd. IV, S. 309, 373; W. Mittermaier, Kann die Deportation im deutschen Strafensystem Aufnahme finden?, Z. XIX, S. 85—132; Kitzinger, Die IKV., S. 116 ff.; M. E. Mayer, Gutachten über die strafrechtliche Behandlung von Rückfall, gewohnheitsmäßigem und gewerbsmäßigem Verbrechertum, Verh. des 28. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 183.

[2]) Vgl. seine in Note 1 angeführten Schriften.

[3]) Freiheitsstrafe, Deportation und Unschädlichmachung, S. 16.

[4]) Heimberger, Zur Reform des Strafvollzugs, S. 9—12, 35—40. Aber die Landstreicher kann man nicht deportieren (so Heimberger, Zur Reform des Strafvollzugs, S. 25 f.; auch Wagner, Die Strafinseln, S. 279 und sonst, postuliert Zulassung der Deportationsstrafe gegenüber Gewohnheitsbettlern, -Landstreichern und -Dirnen (!)); hier stünden Verschulden und Strafe in grellem Mißverhältnis.

[5]) Vgl. die Literaturangaben in Note 1.

[6]) Beratungen, Bd. IV, S. 309, 373.

portation ist als Strafmittel für Deutschland nicht geeignet. Ein Versuch mit ihr ist nicht zu empfehlen."

Unter den Gegnern der Deportation sind weiter zu benennen: Krohne, Aschrott, W. Mittermaier,[7]) Kitzinger[8]) (im Hinblick auf die Anschauung, wie sie in Gutachten und Verhandlungen der IKV. überwiegend zu Tage getreten sei), M. E. Mayer[9]) („weil sie höchstens so viel wie eine Reform des inländischen Strafvollzugs erreichen könnte und wahrscheinlich weit weniger erreichen würde").

2. Anhänger wie Gegner der Strafverschickung behandeln das Problem ausschließlich oder primär aus dem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit, von den relativen Straftheorien aus. Es handelt sich in Wahrheit aber in erster Linie um Recht und Gerechtigkeit, und nur sekundär kommt die Zweckmäßigkeit in Betracht, namentlich in Ansehung der Frage, ob und wie die Strafverschickung praktisch durchführbar und durchzuführen ist.

Recht und Gerechtigkeit heischen die Deportation, und zwar sowohl aus dem Gesichtspunkte des Staats und der Gesellschaft, wie aus jenem der humanen Behandlung des Sträflings. Gegenüber schwersten und gleichwohl nicht todeswürdigen Verbrechen und Verbrechern ist lebenslängliche oder langandauernde (5 bis 20jährige) Ausschließung aus der Gemeinschaft gerecht und notwendig. Wird diese Strafe, wie bisher, schlechthin in Zuchthäusern vollzogen, dann ist die Möglichkeit, daß der entlassene Sträfling in der Gesellschaft wieder Wurzel faßt und zu Erwerb kommt, bezüglich der Mehrzahl, des Durchschnitts jener Verbrecher, nahezu gleich Null. Der Sträfling wird nach der Strafverbüßung, seine Familie schon während seiner Büßerzeit, nahezu mit Notwendigkeit auf die schiefe Bahn geführt: Verbrechenserneuerung, Bettel, Prostitution der weiblichen Familienglieder. Diese weitreichende Schädigung der Gesamtheit auf Grund des Strafvollzugs in heutiger Gestalt kann vermieden oder wesentlich gemindert werden, wenn der Verbrecher schwerer Schuld in die Kolonien strafverschickt wird, wenn für die Familie des Sträflings die Möglichkeit einer Übersiedelung in die Straf-

[7]) Mittermaier, Kann die Deportation im deutschen Strafensystem Aufnahme finden?, Z. XIX, S. 85—132. Über Krohne siehe dort S. 91; über Aschrott siehe dort S. 93.

[8]) Die IKV., S. 116 ff., 121.

[9]) Gutachten über die strafrechtliche Behandlung von Rückfall, gewohnheitsmäßigem und gewerbsmäßigem Verbrechertum, Verh. des 28. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 183.

verschickungsgegend geschaffen oder zumindest nicht gehemmt wird, wenn dem entlassenen Strafverschickten die Ansiedelung als Kolonist offensteht.

Hierin ruht das Interesse der Gesamtheit an der Einführung der Deportation.

Die Deportation ist aber auch notwendig im Interesse des Sträflings selbst. Dem zu lebenslänglicher oder vieljähriger Zuchthausstrafe Verurteilten wird heute für die Strafzeit jede Bewegungsmöglichkeit entzogen. „Lasciate ogni speranza voi ch'entrate" steht heute mit unsichtbaren Lettern an der Zelle des Zuchthaussträflings, der eine zehn- und mehrjährige Strafe verbüßen soll. Der zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe Verurteilte ist lebenslänglich begraben, der langjährige Büßer ist zwar formell nur auf Zeit aus der Gemeinschaft ausgeschlossen; aber die Rückkehr nach verbüßter Strafe steht ihm lediglich formaljuristisch offen, tatsächlich ist diese Möglichkeit verschwindend gering.

3. Die Deportation kommt in zwei Beziehungen in Betracht, als Strafe und als Sicherungsmittel.

Die Deportation als Strafe ist entweder zeitige oder lebenslängliche.

Die zeitige Strafverschickung ist gegenüber Verbrechen i. e. S.[10]) angezeigt, die gewohnheits-, gewerbsmäßig oder im Rückfall begangen werden.[11])

Die zeitige Strafverschickung kommt ferner in Betracht gegenüber Verbrechen, die eine mehr als fünfjährige Freiheitsstrafe erheischen. Die Zahl dieser Verbrechen könnte und sollte gegenüber dem geltenden Recht ganz wesentlich eingeschränkt werden. Denn die Strafdrohungen des geltenden deutschen Rechts sind für die Mehrzahl der Fälle viel zu hoch bemessen, was sich schon daraus ergibt, daß die erkannte Strafe meist im unteren Teil des Strafrahmens verbleibt. Wird bei der Strafreform dafür gesorgt, daß die Strafzumessung im Einklang mit der Strafdrohung erfolgt, sodaß nicht selten auf das angedrohte Strafmaximum oder auf drei Viertel des Höchstmaßes erkannt wird,[12]) dann kann die Verbrechens-

[10]) Hierbei dürfen aber als Verbrechen i. e. S. nicht jene Verbrechenstatbestände in Betracht kommen, die das heutige Reichsrecht, oft nach äußerlichen, mit der Schuld des Täters nicht übereinstimmenden Merkmalen festsetzt, sondern nur die Verbrechenstatbestände, wie ich sie bei der Dreiteilung, oben § 25, postuliert habe.

[11]) Vgl. oben § 29, Ziff. 3 und 4 d.

[12]) Vgl. oben § 38, Ziff. I, 3.

strafdrohung, die heute bis zu 10- oder 15jähriger Zuchthausstrafe reicht, in der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle auf 5 Jahre Maximum beschränkt werden, sodaß hier auch nach Einführung der Deportationsstrafe auf Zuchthausstrafe erkannt werden würde. Als deportationswürdige einfache Verbrechen (Verbrechen, die schon bei einmaliger Begehung die Deportationsstrafe begründen) verblieben demnach nur schwerste und gleichwohl nicht todeswürdige Verbrechen, vorwiegend die leichteren Sprengstoffverbrechen, Hochverrat, Landesverrat, Rädelsführerschaft bei Landfriedensbruch und ähnliche.

Als Strafrahmen käme am richtigsten wohl die Dauer von 5 bis 20 Jahren in Betracht.[13]) Das fünfjährige Minimum erscheint angezeigt als Grenze gegenüber der Zuchthausstrafe, die man nicht wohl über fünf Jahre ausdehnen kann, wenn der Sträfling nach der verbüßten Strafe noch genügend Elastizität besitzen soll, um den Versuch eines geordneten Lebens in der Gemeinschaft mit einiger Erfolgsmöglichkeit zu machen. Das zwanzigjährige Maximum war schon im Strafgesetzbuch Preußen 1851 für die Zuchthausstrafe bestimmt.[14]) Es erscheint nicht zu hoch, wenn die Verbüßung der Deportationsstrafe nach je fünfjähriger Strafdauer abgestuft, gemildert wird (vgl. unten sub 4, g).

Als lebenslängliche Strafe käme Deportation in Betracht gegenüber qualifizierter (gewohnheitsmäßiger oder rückfälliger) Begehung von an sich deportationswürdigen Verbrechen[15]) und als Strafe gegenüber begnadigten Verbrechern, die zum Tod verurteilt waren.

Die Deportation als Sicherungsmittel durch Zwangsaufenthalt in den Kolonien in der Zeitdauer von 2 bis zu 20 Jahren erscheint notwendig gegenüber Adoleszenten, die schwerste Verbrechen begangen haben.[16])

4. a) Die Deportationsstrafe soll gleich der Zuchthausstrafe entehrend wirken.[17])

---

[13]) Bruck, Die gesetzliche Einführung der Deportation im Deutschen Reich, S. 5, schlägt 7- bis 15jährige Dauer vor. Fünfjähriges Minimum postuliert R. Frank, Freiheitsstrafe, Deportation und Unschädlichmachung, S. 16.

[14]) Vgl. oben § 46, Note 2.

[15]) Bruck, Die gesetzliche Einführung der Deportation im Deutschen Reich, S. 7: „Begeht ein in das Deutsche Reich zurückgekehrter Deportierter wieder ein deportationswürdiges Verbrechen, so trifft ihn lebenslängliche Deportationsstrafe."

[16]) Vgl. oben § 14, Ziff. 5.

[17]) Vgl. oben § 46, Ziff. 4.

b) Die Strafverschickung muß ausgeschlossen bleiben gegenüber Personen, deren Gesundheit durch den Aufenthalt am Strafverschickungsort dauernder Störung ausgesetzt wäre, sowie gegenüber zu jungen oder zu alten Personen.[18]) In diesen Fällen muß an Stelle der Deportationsstrafe Zuchthausstrafe von gleicher Dauer treten.[19])

c) Als Deportationsort ist, wie Bruck überzeugend dargetan hat, Deutsch-Südwestafrika geeignet.[20])

d) Die durch Einführung der Deportation erwachsenden Kosten werden meist überschätzt.[21])

---

[18]) Zuzustimmen ist Bruck, Die gesetzliche Einführung der Deportation im Deutschen Reich, S. 7: „Die Deportation ist ausgeschlossen gegenüber Personen unter 16 und über 60 Jahren."

[19]) Vgl. oben § 46, Ziff. 4.

Als Surrogatstrafe würde demnach die Zuchthausstrafe auch in der Dauer von mehr als 5 Jahren, selbst als lebenslängliche Strafe auch künftig zu verhängen sein. Dies ist ein Verlegenheitsausweg, der aber nicht wohl vermieden werden kann.

[20]) Fort mit den Zuchthäusern! Neu-Deutschland und seine Pioniere.

Die von Korn gegen die Deportation vorgebrachten Gründe werden von Bruck, Die Gegner der Deportation, S. 89—121, entkräftet. Siehe auch v. Stengel, Die Anlegung von Strafkolonien in den deutschen Schutzgebieten, Münchener Allgemeine Zeitung, Beilage, 1896, Nr. 154, 155, 157; Wagner, Die Strafinseln, S. 291 f. Nach Wagner, a. a. O., kämen auch verschiedene der deutschen Südseeinseln in Betracht. Dagegen: (Gentz), Deportation nach Deutsch-Südwestafrika, Beiträge zur Kolonialpolitik und Kolonialwirtschaft, Bd. III, S. 485 f., soweit der Deportationssträfling als Ackerknecht in Frage käme, da Deutsch-Südwestafrika reines [scil. dies stimmt nicht] Viehzüchterland sei; dafür, soweit die Deportation billige Arbeitskräfte für öffentliche Bauwerke und Minenbetrieb ins Land bringe; gegen die Belassung der Sträflinge in der Kolonie nach verbüßter Strafe.

[21]) Vgl. Wagner, Die Strafinseln, S. 70 f., 252—270. S. 70 f.: „Ich stehe überhaupt den Äußerungen von Sachverständigen mit dem Gefühle gegenüber, daß sie nur Anhaltspunkte zur Bildung des . . . eigenen Urteils geben. . . . Und noch immer gilt der alte Satz, daß ein Versuch maßgebender ist, als alle Lehrsätze . ." S. 253: „Gewiß ist es richtig, daß, namentlich zu Beginn des neuen Strafwesens, einige erheblichere finanzielle Opfer nicht zu vermeiden sind. Im großen und ganzen aber wird sich die Strafverschickung bei entsprechender Einrichtung gegenüber dem jetzigen Vollzugswesen ungleich billiger gestalten lassen." S. 270: „. . . daß auch für die Verschickung nach Deutsch-Südwestafrika der Kostenpunkt von dem Zeitraume an keinerlei Bedenken mehr bietet, in welchem durch Sträflingsarbeit die für Ackerbau und Viehzucht so hochwichtige Bewässerungsfrage gelöst sein wird, hat . . . Bruck so überzeugend nachgewiesen . . ." Leroy-Beaulieu, De la colonisation, t. II, p. 366 sq.: „. . . Il n'est donc pas douteux que, même en tenant compte des frais de transport, de surveillance et d'administration, il ne réalisât une notable économie . . . . quand on calcule à 14 livres sterl. la dépense annuelle d'un prisonnier employé aux travaux publics en Australie, on n'en déduit pas la valeur des travaux qu'il a

e) Die Sträflinge sollen vorwiegend mit landwirtschaftlichen Arbeiten beschäftigt werden, nur ausnahmsweise industriell.[22]) Sie sollen in der Strafzeit zu landwirtschaftlichen Arbeitern erzogen werden.

Beachtlich ist die von Bruck vorgeschlagene Einrichtung von Straffarmen.[23])

In Betracht kämen ferner Meliorationsarbeiten jeder Art, auch Wegbauten, Bewässerungsanlagen u. dgl.

f) Es muß dafür gesorgt werden, daß die entlassenen Sträflinge Familien begründen können.

Daher empfiehlt Bruck, den aus der Strafknechtschaft Entlassenen zu gestatten, daß sie ihre in der Heimat zurückgebliebenen Frauen und Kinder in das Ansiedlungsgebiet nachkommen lassen, oder weibliche entlassene Deportationssträflinge heiraten, oder solche Personen, die sich freiwillig zum Zweck der Verehelichung in das Ansiedlungsgebiet begeben.[24]) Über die Eheschließung mit eingeborenen Weibern sind die Ansichten geteilt. Die Gegner solcher Ehen verweisen vornehmlich auf die dadurch zu befürchtende Rassenverschlechterung. Abgesehen davon, daß die Vererbungsfrage nicht zweifelsfrei entschieden ist, kann der Gesetzgeber zwar die Ehe mit eingeborenen Weibern verbieten, aber nicht die Kindererzeugung hindern.

g) Von größter Bedeutung für eine menschliche Gestaltung des Strafvollzugs ist, daß die Strafe nach Ablauf von fünf Jahren in eine wesentlich mildere Strafvollzugsform übergeführt wird. Es müßten (in fünfjährigen Intervallen) Übergangsstufen von der Zwangsstrafe zur vollen Freiheit geschaffen werden, sodaß der Deportierte die Möglichkeit vor Augen sieht, sich wieder als Mensch unter Menschen zu fühlen. Insbesondere wäre die Frage zu erwägen, ob nicht dem Sträfling nach fünfjähriger Strafverbüßung die Familiengründung (siehe vorstehend sub f) gestattet werden und ihm von da ab ein Teil des Erlöses seiner Arbeit zugewendet werden könnte.

---

exécutés et qui cependant n'est pas perdue et a une permanente utilité, au lieu que le travail exécuté dans les pénitentiaires de la métropole est, pour l'immense majorité des cas, gaspillé et sans résultat réel."

[22]) In Betracht für Fabriken käme vornehmlich die Verarbeitung von Tabaken. Vgl. Wagner, Die Strafinseln, S. 283 f.

[23]) Bruck, Die gesetzliche Einführung der Deportation im Deutschen Reich. S. 12: „Die deportierten Sträflinge werden auf Straffarmen untergebracht. Sie werden während der Nacht, und wenn es die Witterung erfordert, in Baracken eingeschlossen."

[24]) Fort mit den Zuchthäusern, S. 60 f.; vgl. auch Wagner, Die Strafinseln, S. 286 f.

h) Dem zu zeitiger Deportationsstrafe Verurteilten muß die Hoffnung winken, daß auch er nach der Strafverbüßung wieder ein brauchbares Glied der Gesellschaft werden könne. Hierfür ist der von Bruck gemachte Vorschlag beachtlich: Den zu zeitiger Deportationsstrafe Verurteilten ist gestattet, sich nach der Strafverbüßung in dem für entlassene Sträflinge bestimmten Ansiedlungsgebiete niederzulassen.[25])

Befürchtungen, die aus der Deportation oder aus der Ansiedlung Deportierter für die gedeihliche Entwicklung der Kolonien abgeleitet werden könnten, widerlegen sich durch den Hinweis auf Australien.[26])

§ 48. Die Geldstrafe und ihre Surrogate.

[1])1. Die Geldstrafe des heutigen Rechts schließt nach der historischen Entwicklung drei Funktionen in sich: sie ist Rudiment der Vermögensstrafe, Rudiment der Buße, Polizeistrafe.

---

[25]) Die gesetzliche Einführung der Deportation im Deutschen Reich, S. 7. Siehe auch Wagner, Die Strafinseln, S. 289 f.

[26]) Leroy-Beaulieu, De la colonisation, t. II, p. 107: „L'objection que la déportation n'a jamais servi à la fondation d'une colonie se trouve complètement réfutée par l'exemple de l'Australie. Sans la déportation, l'Australie serait encore une terre presque tout entière abandonnée aux kangourous. La prospérité récente qu'a atteinte la Nouvelle-Calédonie a aussi son origine dans la déportation."

[1]) Über Bußen im alten deutschen Recht: Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, S. 612—626; Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, 4. Ausg., von Heusler und Hübner, Bd. II, S. 210—254; v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts, 2. Aufl., 2. Abdr., S. 149—151; R. Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., S. 346—348; (über Wergeld S. 344—346).

Literatur über die Geldstrafe und deren Reform:

Wahlberg, Nationalökonomische Gesichtspunkte im Strafrechte mit besonderer Rücksicht auf die Geldstrafe, Ges. kleinere Schriften, Bd. II, Wien 1877, S. 231—264; Carl Stooß, Zur Natur der Vermögensstrafen, Diss., Bern 1878; Kronecker, Beiträge zur Lehre von der Geldstrafe, in Goltdammer's Archiv, Bd. 27, 1879, S. 81—101, Bd. 28, 1880, S. 9—26; Seidler, Die Geldstrafe vom volkswirtschaftlichen und sozialpolitischen Gesichtspunkte, in Conrad's Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik, N. F., Bd. 20, 1890, S. 241—258; v. Liszt, Kriminalpolitische Forderungen, Z. X, S. 65 bis 70; Reinhardt, Geldstrafe und Buße, Diss., Halle a/S. 1890; Anträge Mittelstädt und Aschrott, IKV., II. Landesversammlung der Gruppe Deutsches Reich, S. 8—10; Beratungen, ebenda, S. 50—67; Ernst Rosenfeld, Bericht über die Regelung der Geldstrafe, IKV. Bd. 3, Heft 1, S. 135—220; Zürcher, Thesen zu den Fragen betreffend die Geldstrafe, Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, Bd. 4, 1891, S. 268—270; Stooß, Das sogenannte Abverdienen von Geldstrafe, ebenda S. 344—352; L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. VIII; v. Buri, Beiträge zur Theorie des Strafrechts, Leipzig 1894, S. 90—114 (Zur Natur der Vermögensstrafen); v. Lilienthal, Der

Die Vermögensstrafe im historischen Sinne des Worts[2]) ist ursprünglich Bestandteil der Friedlosigkeit. Die Friedloslegung führt zur Verneinung der Rechtspersönlichkeit des Verbrechers, und damit zur Wüstung seines Vermögens.[3]) An Stelle der Wüstung, die, wie die Friedloslegung überhaupt, unter dem Gesichtspunkte der Expiation betätigt wurde, trat späterhin die Konfiskation des Vermögens.[4]) Vermögensstrafe bedeutete Vermögenskonfiskation. Bei Verhängung der Vermögenskonfiskation traten im Laufe der Ent-

---

Stooß'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Z. XV, S. 138—143; Kohler, Studien aus dem Strafrecht, II, Mannheim 1895, S. 81—113; Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 50 f., 1012 f. (über multa); Schmölder, Die Geldstrafe, Vortrag vom 15. Oktober 1902, gehalten auf der 74. Jahresversammlung der Rheinisch-Westfälischen Gefängnisgesellschaft in Düsseldorf, 1902; Stooß, Kriminalpolitische Ansichten über die Geldstrafe (Besprechung von Schmölder, Die Geldstrafe), Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 15, 1902, S. 221—236; Binding, Grundriß, 6. Aufl., S. 210—212 (212—216, 220—223); Herm. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, S. 75—78; Kohler, Geldstrafe, in Goltdammer's Archiv, Bd. 49, 1903, S. 177—184; Frank, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 3./4. Aufl., S. 40—43, 127, 140; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 265—269, 467—471; A. Köhler, Reformfragen des Strafrechts, S. 29—32; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 475—480; v. Liszt, Lehrbuch, 14./15. Aufl., S. 76, 263—265, 279 f.; Heimberger, Zur Reform des Strafvollzugs, S. 42 f.; L. v. Bar, Die Reform des Strafrechts, Vortrag, im Jahrb. der internat. Vereinigung für vergleich. Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre zu Berlin, VIII. Bd, 1, Abt., Berlin 1905, S. 9—12, 29 f.; Oetker, Der Bußprozeß, Gerichtssaal, Bd. 66, 1905, S. 321—427; Spira, Die Zuchthaus- und Gefängnisstrafe, S. 133—145; Kitzinger, Die Internationale Kriminalistische Vereinigung, S. 113—116; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 7. Aufl., zu §§ 27—30; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 299—305; Rosenfeld, Der italienische Strafprozeßentwurf, IKV., Bd. 14, Heft 1, 1907, S. 145—147, 184.

[2]) Vgl. oben § 40. Siehe ferner: v. Amira, Das Altnorwegische Vollstreckungsverfahren, München 1874, S. 106—136 („Das Vermögen in der Friedlosigkeit"); Kohler, Das Strafrecht der italienischen Statuten, S. 65 f., 84; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, S. 64, 66, 78, 169, 216, 530, 563, 631, 633 f., 642, 653, 663, 665, 687 f. und sonst; Bd. I, 2. Aufl., 1906, S. 237 f, 243 f., 293, 462 f.; Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 1005—1011 („Einziehung des Vermögens oder einer Vermögensquote"); Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., S. 342 (Vermögenseinziehung in der fränkischen Zeit), S. 757 (Vermögenseinziehung neben der Strafe oder als selbständige Strafe im Mittelalter); Kohler, Geldstrafe, in Goltdammer's Archiv, Bd. 49, S. 177.

[3]) Den Charakter der privatrechtlichen Strafe tragen die Vermögensstrafen der lex Julia. Vgl. E. Sehling, Das Strafsystem der lex Julia de adulteriis, Zeitschrift der Sav.-Stiftung, Bd. IV, Rom. Abt., Weimar 1883, S. 160—163.

[4]) Vgl. Kohler, Das Strafrecht der italienischen Statuten, S. 84; Kohler, Geldstrafe, in Goltdammer's Archiv, Bd. 49, S. 177.

wicklung vielfach fiskalische Gesichtspunkte in den Vordergrund. Mit Recht wurde daher die Vermögensstrafe späterhin auf Grund wesentlich staatsrechtlicher Ideen bekämpft und schließlich fallen gelassen.[5])

Während der Herrschaft des Kompositionssystems stehen Tötung und Verletzung wesentlich unter dem Gesichtspunkte des privatrechtlichen Delikts, das privatrechtliche Buße heischt. Diese Auffassung erhält sich vereinzelt noch späterhin. So kennt die PGO. die Geldbuße gegen den Dieb zu Gunsten des Verletzten,[6]) gegen den Beleidiger, halb zu Gunsten des Verletzten, halb zu Gunsten der Obrigkeit.[7])

Endlich ist die Geldstrafe in einem Teil ihres Anwendungsgebiets nichts anderes als Polizeistrafe, deren Vorläuferin in der multa des römischen Rechts zu erblicken ist.[8])

Echte Geldstrafe findet sich im späten Mittelalter und im Beginn der neuen Zeit vielfach als arbiträre Strafe, so insbesondere in den italienischen Statuten von der ältesten Zeit bis in die späteste.[9])

2. Das geltende Recht kennt die Vermögensstrafe im historichen Sinne nicht. Diese ist strafweiser Vermögensverlust, Strafe auf das Vermögen; die sogen. Vermögensstrafen des deutschen Reichsrechts sind unbeträchtliche (Neben-)Strafen am Vermögen.

Das geltende deutsche Recht setzt die Geldstrafe als Geldbuße bei den Übertretungen, und zwar überwiegend bei jenen Übertretungen, die sich als Polizeiunrecht darstellen, nicht bei den Hauptübertretungen krimineller Verschuldung: Bettel, Landstreicherei; obschon auch hier Geldstrafen — gegenüber Bettel und Landstreicherei aus Habsucht — keineswegs ausgeschlossen erschienen.

Verwandten Charakter haben die Geldbußen gegenüber Steuer-

---

[5]) Daher ist die Vermögenseinziehung nicht nur durch die neueren Strafgesetzbücher, sondern auch durch Verfassungsbestimmungen aufgehoben worden; so in der Preußischen Verfassungsurkunde von 1850, Art. 10 („Der bürgerliche Tod und die Strafe der Vermögenseinziehung finden nicht statt"). Vgl. auch die Grundrechte des Deutschen Volkes, 1849, § 5 (Aufhebung der Strafe des bürgerlichen Todes).

[6]) CCC. Art. 157, 158 (Bamb. Art. 183, 184).

[7]) CCC. Art. 215.

[8]) Über multa siehe Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 50 f., 1012 f. (1016 bis 1030); S. 50: „Sie wird immer auferlegt in dem gesetzlichen Zahlmittel, anfangs in Häuptern von Klein- und Großvieh, späterhin in Geld und heißt von der bei fortgesetztem Ungehorsam üblichen Steigerung die ‚Vielung', multa."

[9]) Vgl. Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Heft III, S. 271.

defraudationen etc. Sie scheiden sich in ihrer äußeren Gestaltung von den Polizeibußen dadurch, daß jene meist auf ein Vielfaches des hinterzogenen Betrages gerichtet sind.

Das Reichsrecht hat ferner die Geldstrafe als alternative oder subsidiäre Strafdrohung gegenüber Vergehen, bei denen so geringe Verschuldung möglich ist, daß Freiheitsstrafe in concreto zu hart erschiene: Hierher gehören die Strafdrohungen der §§ 185 f. (gegenüber 187), 223 (gegenüber 223a ff.), 257 (gegenüber 258 ff.), 263 Abs. II (Betrug mit mildernden Umständen) RStGB. etc.

Das Reichsrecht statuiert weiterhin die Geldstrafe kumulativ neben Freiheitsstrafe (wobei die Kumulierung meist nur fakultativ ist) gegenüber manchen Gewinnsuchtsdelikten, sodaß also das Motiv der Habgier durch die Geldstrafe getroffen werden soll: so §§ 184, 263 RStGB. etc.

Das Reichsrecht hat endlich Geldstrafen, die im Hinblick auf das angedrohte Strafmaximum sich der Wirkung nach den Vermögensstrafen (im historischen Sinne des Worts) nähern, so die Strafdrohung in § 3 des Sklavengesetzes vom 28. Juli 1895: Geldstrafe (neben der Freiheitsstrafe) bis zu 100000 M.

Ihrer Rechtsnatur nach ist die Geldstrafe in all ihren Erscheinungsformen nicht Anspruch des Staats auf Zahlung, sondern Anspruch auf Straferduldung. Daß der Inhalt der Strafe in Geldleistung besteht, ist ganz sekundär.[10])

3. Wenn von verschiedenen Autoren die Ausdehnung der Geldstrafe postuliert wird, so von Schmölder;[11]) oder der Ersatz der kurzzeitigen Freiheitsstrafe durch die Geldstrafe im Hinblick auf die kriminalpolitische Unwirksamkeit der kurzen Freiheitsstrafe (aus dem Gesichtspunkte der Sicherungstheorie), so ist demgegenüber vor allem daran festzuhalten, daß „die Geldstrafe" ein Sammelname ist, in dem Strafarten zusammenfließen, die unter sich durchaus Verschiedenartiges bedeuten.

a) Die Geldbuße erscheint als Buße gegenüber Polizeiübertretungen angezeigt, wobei die Umwandlung der Buße in Freiheits-

[10]) Vgl. die treffenden Ausführungen von Kohler, Geldstrafe, in Goltdammer's Archiv, Bd. 49, S. 177—184.

[11]) Schmölder, Die Geldstrafe, S. 11: „Der Geldstrafe gebührt die ausschließliche Herrschaft bei den geringfügigsten Straftaten. Außerdem ist sie neben der Freiheitsstrafe anzudrohen, und zwar wahlweise bei den mittleren Straftaten, häufungsweise bei den mittleren und schwersten Straftaten, hier jedoch in der Beschränkung auf Rechtsbrecher, deren Einnahmen ganz oder überwiegend aus Kapitalbesitz fließen."

strafe ausgeschlossen sein sollte, da Freiheitsstrafe nur bei kriminellem Unrecht angezeigt ist.[12])

Der Betrag der Buße könnte, entsprechend der Geldstrafe gegenüber Übertretungen nach geltendem Recht, auf 1 bis 150 ℳ bemessen werden.

b) Die Geldstrafe hingegen ist echte Kriminalstrafe.

Die staatsrechtliche Idee der Bürgergleichheit vor dem Gesetz heischt Strafarten, die in thesi jedes Gemeinschaftsglied wesentlich gleichartig treffen; aus der strafrechtlichen Grundidee der persönlichen Erduldung der erkannten Strafe erwachsen primär Strafen, die nach ihrer Beschaffenheit jedem Einzelnen gegenüber zum Vollzug gebracht werden können.

Diese Gesichtspunkte stehen der Geldstrafe als primärer Kriminalstrafe entgegen, jedenfalls soweit die schwereren Delikte in Frage sind. Die gegen die kurze Freiheitsstrafe vorgebrachten Argumente, auf Grund deren Ersatz der Freiheitsstrafe durch Geldstrafe postuliert wird, entfallen, sobald der Strafvollzug ausreicheud reformiert wird.

c) Bei Übertretungen könnte die Geldstrafe, als echte Geldstrafe, ähnlich wie bisher, neben der Haftstrafe — gegenüber den Fällen leichter Verschuldung — für zulässig erklärt werden. Mindest- und Höchstbetrag der Geldstrafe wären jedoch im Vergleich zum geltenden Recht zu erhöhen. Einmal mit Rücksicht auf den gesunkenen Geldwert; sodann aber, weil es sich um Kriminalunrecht (leichtester Schuld) handelt, nicht wie bei den meisten Übertretungen des geltenden Rechts um Polizeiunrecht. Hiernach könnten die Strafrahmen sehr wohl von 3 ℳ[13]) aufwärts bis 600 ℳ festgesetzt werden.

d) Die neuerdings vielfach postulierte Geldstrafe gegenüber Delikten aus Gewinnsucht führt zur talionsähnlichen Bestrafung.

Will man die Geldstrafe als Gewinnsuchtsstrafe (neben der Freiheitsstrafe) einführen, dann ist jedenfalls für die Strafbemessung die Idee der Abstufung nach dem Vermögen zurückzuweisen (vgl. unten sub e).

e) Für die Fälle c und d wird vielfach das Postulat erhoben, die Geldstrafe gemäß dem Vermögen des Verurteilten abzustufen.

---

[12]) Vgl. oben § 26, Ziff. I, 4.

[13]) Schon der Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, § 23, Abs. 1 und 2, hatte bestimmt: „Geldbußen können nicht unter dem Betrage eines Talers erkannt werden."

Mit anderen Worten, die Geldstrafe soll hier zur Vermögensstrafe umgestaltet werden.

Dieses Postulat in seiner Allgemeinheit entspringt zweien Fehlgedanken: einer mißverstandenen, zu weit reichenden Sozialethik, die sich nicht auf Schonung der wirtschaftlich Schwachen gegenüber ungerechtfertigter Ausbeutung richtet, sondern ausgesprochen oder verschleiert vermögensfeindlich ist; ferner dem Gedankenkreise der relativen Straftheorien.[14])

(Die Reformvorschläge der Gegenwart finden sich übrigens schon in der Aufklärungszeit. So hat die Gestaltung der Geldstrafen proportional dem Vermögen des Schuldigen bereits Montesquieu postuliert.[15]) Auch Filangieri, Wieland, v. Soden, Kleinschrod und andere Autoren der Aufklärungszeit haben die neuerdings geheischten Reformen im wesentlichen gefordert.)[16])

Aus dem Gesichtspunkte der Schuld ist nicht abzusehen, weshalb die Geldstrafe gemäß dem Vermögen des Verurteilten abgestuft werden sollte. Man stuft ja auch die Freiheitsstrafe nicht im Hinblick auf die Widerstandsfähigkeit des Sträflings gegenüber der Freiheitsentziehung ab!

Der Vorschlag, die Geldstrafe nicht nach festen Beträgen abzugrenzen, vielmehr den Richter zur Verurteilung nach Quoten des Vermögens zu ermächtigen, wurde mit Recht auch in den Motiven zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund mit der Begründung zurückgewiesen, „weil die zu verhängende Geldbuße damit den Charakter einer Vermögenskonfiskation annehmen würde".[17])

Soll bei Gewinnsuchtsdelikten Geldstrafe angedroht werden, dann ist es angemessen, die Geldstrafe kumulativ der Freiheitsstrafe beizufügen und die Geldstrafe so zu gestalten, daß sie den rechtswidrigen Vorteilen entspricht, die der Verurteilte durch die Strafhandlung erlangt oder erstrebt hat. Denn das Ver-

---

[14]) Der Stooß'sche Entwurf, Art. 27, Abs. I: „Die Geldstrafe soll den Verhältnissen des Schuldigen entsprechen." Herm. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, S. 75: „. . . wenn aber die Geldstrafe wirken soll, so wird sie in vielen Fällen den Vermögensverhältnissen des Schuldigen angepaßt werden müssen." Siehe dagegen die treffende Ausführung v. Bar's, Die Reform des Strafrechts, S. 9 f.

[15]) Vgl. oben § 42, Note 18 und Text dazu.

[16]) Vgl. L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. VIII und die dort angeführte Literatur.

[17]) Motive, Berlin, im Juli 1869, S. 47.

schulden bemißt sich nicht nach dem Vermögen, das jemand mit Recht hat, sondern nach jenen Vermögensteilen, die er zu Unrecht hat oder begehrt.

f) Gegenüber Gefährdungs- und Verletzungsdelikten, insbesondere mittels der Kraftfahrzeuge, erscheint die Androhung von (im Maximalbetrag erheblichen) Geldstrafen neben oder an Stelle der Freiheitsstrafe nicht unangemessen.

g) Die Buße der §§ 188, 231 RStGB. entspringt der gesetzgeberischen Absicht, dem Geschädigten die Notwendigkeit der Zivilklage zu ersparen. Andererseits erwächst durch diese Bestimmungen dem angeblich Geschädigten die Möglichkeit, als Zeuge durch sein Zeugnis Feststellungen herbeizuführen, die ihm als Zivilpartei unmöglich oder erschwert wären. Darin liegt ein nicht ungefährlicher Anreiz, den Entschädigungsanspruch, der im Zivilverfahren nicht erlangt werden könnte, durch Strafanzeige zu gewinnen. Das Ansehen der Strafjustiz wird durch die Ermöglichung von Prozeßpraktiken dieser Art nicht gefördert.[18])

h) Die Bestimmung des § 30 RStGB., nach der die Beitreibung einer rechtskräftig erkannten Geldstrafe aus dem Nachlaß des Verurteilten erfolgen kann, wird mit Recht bekämpft.[19]) Sie steht im Widerspruch mit der Anforderung, daß die Strafe persönlich zu erdulden ist.

4. Die bei Androhung und Verhängung jeder Strafe zugrunde liegende Idee geht dahin, daß die erkannte Strafe auch wirklich vollzogen werden soll. Entsprechend der Idee der Strafe soll daher die Geldstrafe zum Vollzuge gelangen, sofern dies irgend möglich ist.

Dieser Grundsatz ist indes nur mit wesentlichen Einschränkungen durchführbar.

a) Als Prinzip ist aufzustellen: Die Umwandlung der Geld- in Freiheitsstrafe ist künftig in höherem Maße zu beschränken, als dies heute der Fall ist.

b) Weiterhin sollte die kumulative Geldstrafe im Falle der Uneinbringlichkeit schlechthin entfallen. Wenn heute jemand wegen Wuchers zu 3 Monaten Gefängnis und zu 1500 ℳ Geldstrafe, oder

---

[18]) Entgegengesetzt, für Zulassung des Adhäsionsprozesses zu Gunsten der zivilen Schadensersatzklage: Rosenfeld, Der italienische Strafprozeßentwurf 1905, IKV. Bd. 14, Heft 1, S. 145—147.

[19]) Vgl. Schmölder, Die Geldstrafe, S. 11 f.; Kohler, Geldstrafe, in Goltdammer's Archiv, Bd. 49, S. 179 f., u. a.

wegen Kuppelei zu 6 Monaten Gefängnis und zu 3000 ℳ Geldstrafe verurteilt wird, und die Geldstrafe nicht zahlen kann, erwächst gegen den unbemittelten Verurteilten eine Zusatzstrafe von mindestens 100 Tagen Gefängnis; diese Zusatzstrafe ist im Verhältnis zur Hauptstrafe viel zu hoch. Man muß daher entweder die Zusatzstrafe gegenüber Unbemittelten fallen lassen, oder bei den kumulativen Geldstrafen einen ganz anderen Umwandlungsmodus schaffen, etwa dahingehend: die Zusatzstrafe darf einen bestimmten Bruchteil der Haupt-Freiheitsstrafe nicht übersteigen. Zumindest sollte daher das Gericht bei kumulativ angedrohter Geldstrafe ermächtigt sein, von der Zuerkennung der Geldstrafe abzusehen, wenn die Geldstrafe eine ungerechtfertigte Härte gegen den Verurteilten in sich schließen würde.

c) Bei der alternativ oder subsidiär angedrohten Geldstrafe sollte in höherem Maße als bisher die Tilgung der Geldstrafe durch Abverdienen ermöglicht werden.[20])[21])

Auch könnte der Umwandlungsmodus schlechthin dem Ermessen des Gerichts überlassen werden, an Stelle der schematischen Umwandlungsskala des geltenden Rechts, die nicht selten dazu führt, daß der — wegen geringer Schuld — zu Geldstrafe Verurteilte im Nichtbeitreibbarkeitsfalle eine längere Freiheitsstrafe verbüßen muß, als die im vornherein zu Freiheitsstrafe verurteilten Rechtsbrecher größerer Verschuldung.

[20]) Der Vorschlag, uneinbringliche Geldbußen durch Arbeit tilgen zu lassen, war bereits vor dem Reichsstrafgesetzbuch von Bonneville de Marsangy gemacht worden, auch im preußischen Gesetz vom 2. Juni 1852, §§ 12, 13, 42 beim Holzdiebstahl zugelassen worden. Die Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund (Juli 1869) erwähnen dies, lehnen gleichwohl die Zulassung der Straftilgung durch Arbeit ohne jede stichhaltige Begründung — eigentlich überhaupt ohne Begründung — ab (Motive S. 48).

[21]) Beachtlich der Stooß'sche Entwurf, Art. 27: „I. Der Richter kann dem Verurteilten gestatten, die Geldstrafe nach und nach zu bezahlen oder sie durch freie Arbeit abzuverdienen. II. Bezahlt der Verurteilte die Geldstrafe innerhalb drei Monaten oder innerhalb der richterlich bestimmten Frist böswillig nicht, so hat er den Betrag auf richterliche Verfügung hin durch Arbeit in einer Strafanstalt abzuverdienen."

Herm. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, S. 77: „Arbeit muß an Stelle von Geld treten, wo Geld nicht beschafft werden kann." S. 78: „Im Falle der Verurteilung zu einer Geldstrafe kann das Gericht für eine von ihm zwischen 2 und 5 Jahren zu bestimmende Frist Zahlungsausstand gewähren."

Schmölder, Die Geldstrafe, S. 22—25, legt dar, daß kein Bedürfnis nach einer Umwandlung der nichtbeitreibbaren Geldstrafen in Freiheitsstrafen bestehe. In dieser Allgemeinheit trifft jedoch seine Ausführung nicht zu.

§ 49. Prügelstrafe und Verweis gegenüber Jugendlichen.

1. In der Neuzeit wird die Wiedereinführung der Prügelstrafe[1]) von verschiedenen Autoren empfohlen. Das norwegische Strafgesetz vom 22. Mai 1902 (§ 20) und das dänische Gesetz vom 1. April 1905 haben die Prügelstrafe eingeführt.

In der Art, wie die Prügelstrafe regelmäßig zum Vollzug gelangt, bedeutet sie mehr als körperliche Züchtigung, ist sie Zerfleischung eines Teils des Körpers, wirkt sie daher als Leibesstrafe. Deshalb gehört die Prügelstrafe einer überwundenen Rechtskulturstufe an und ist als echte Strafe gegenüber Erwachsenen schlechthin zu verwerfen.

2. Als Zuchtmittel hingegen ist die Prügelstrafe gegenüber Jugendlichen neben oder an Stelle der Strafe (der Geld- wie der Freiheitsstrafe) durchaus am Platz. Jedoch nur mit folgenden Einschränkungen:

a) Die Prügelstrafe darf nicht Körper-, nicht Leibesstrafe sein, sondern bloße Züchtigung. Es darf nicht der Körper verstümmelt oder die Gesundheit geschädigt werden, vielmehr lediglich — wenn ich mich vulgär ausdrücken soll — eine ordentliche Tracht Prügel verabreicht werden.

b) Die Verurteilung oder zumindest der Vollzug der Prügelstrafe muß von einem ärztlichen Gutachten abhängen darüber, daß die Strafvollziehung ohne Gesundheitsschädigung des Jugendlichen möglich ist.

c) Prügelstrafe soll regelmäßig nur gegenüber Rohheitsdelikten stattfinden.

3. Der Verweis[2]) ist eine Strafe, die das geltende Recht treffend auf die Adoleszenten beschränkt. Der Verweis ist eine Maßregel,

---

[1]) Literatur über die Prügelstrafe:

Krauße, Die Prügelstrafe, Berlin 1899; Herm. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, S. 57 f.; A. Köhler, Reformfragen des Strafrechts, S. 36; Leuß, Aus dem Zuchthause, S. 118 f., 187, 203—218; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 56, 59, 60 f.; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 74; Gennat, Das Strafensystem und seine Reform, Hamburg 1905; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 279.

[2]) Literatur über Verweis (als Strafe überhaupt):

v. Liszt, Kriminalpolitische Forderungen, Z. IX, S. 770—772, 778; Ellinger, Der Verweis im deutschen Reichsstrafrecht, Erlanger Diss., München 1899; Nordschild, Der Verweis im Strafrecht und Strafprozeß, Tübinger Diss., Erlangen 1900; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 474 f.; v. Liszt, Lehrbuch des Deut-

die an die schulmeisterliche Zucht anklingt, wesentlich disziplinäre Bedeutung hat. Die Ausdehnung des Verweises als eines Strafmittels, das auch gegenüber Erwachsenen statthätte, ist daher nicht zu befürworten.

§ 50. Reform der Polizeiaufsicht. Fürsorge für Strafentlassene.

[1])I. 1. Die Einwände, die gegen das Rechtsinstitut der Polizeiaufsicht gemacht werden, waren im wesentlichen schon vor Erlaß des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund erhoben worden. Als prinzipieller Gegengrund wurde genannt, daß mit der Verbüßung der Freiheitsstrafe die Strafhandlung gesühnt sei. „Daneben ist vom praktischen Standpunkte aus jenen Vorschriften der Vorwurf gemacht, daß die Stellung unter Polizeiaufsicht für den aus der Haft Entlassenen unter Umständen die Möglichkeit eines ehrlichen Erwerbes, und damit den Wiedereintritt in die ehrenwerten Kreise seiner Mitbürger in Frage stellt."[2]) Die Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund verkannten nicht „das teilweise Gewicht dieser Gründe", erachteten aber für ausschlaggebend die Frage: „ob die bürgerliche Gesellschaft gegen die verbrecherischen Neigungen der sich als unverbesserlich zeigenden Individuen hinreichend geschützt bleiben kann, wenn der Staatsgewalt die Befugnis entzogen wird, schwere Verbrecher auch nach der Haft-

schen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 265; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, Noten 7, 11—17 zu § 57; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 306 f.

[1]) Literatur über Polizeiaufsicht:

Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Berlin, im Juli 1869, S. 61—82; Braune, Wider die Polizeiaufsicht!, Z. IX, S. 807 bis 832; Braune, Über die Polizeiaufsicht, Z. XXIII, 1903, S. 746—762; Fuhr, Strafrechtspflege und Sozialpolitik, ein Beitrag zur Reform der Strafgesetzgebung auf Grund rechtsvergleichender und statistischer Erhebungen über die Polizeiaufsicht, Berlin 1892; Zucker, Die Polizeiaufsicht nach österreichischem Rechte, Prag 1894; Binding, Grundriß, 6. Aufl., S. 218 f.; Frank, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 3./4. Aufl., S. 49—51; Köhler, Reformfragen des Strafrechts, S. 36; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 489—493; v. Liszt, Lehrbuch, 14./15. Aufl., S. 77, 265 f.; Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 7. Aufl., Noten zu §§ 38, 39; R. v. Hippel, Der „Hauptmann von Köpenick" und die Aufenthaltsbeschränkungen bestrafter Personen, Deutsche Juristenzeitung 1906, Nr. 23, S. 1303 f.; Stranz, Juristische Rundschau, ebenda, Nr. 24, S. 1355 f.; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 310—312; W. Mittermaier, Die Polizeiaufsicht, Deutsche Juristenzeitung 1907, Nr. 1, S. 26—31.

[2]) Motive, S. 74.

verbüßung hinsichtlich ihres Aufenthalts und Treibens einer wirksamen Aufsicht zu unterwerfen." Diese Frage glaubten die Motive verneinen zu sollen.[3])

2. Der Widerspruch gegen die Polizeiaufsicht hat sich inzwischen noch verstärkt. Mit Recht! Die Polizeiaufsicht ist theoretisch und praktisch zu verwerfen. Theoretisch, weil sie aus dem Geist des allbevormundenden Polizeistaats entstammt. Praktisch, weil sie eine wirksame Überwachung, namentlich angesichts der modernen Großstadtentwicklung, in gar keiner Weise garantiert, die besseren Elemente unter den Vorbestraften, die mit Erfolg sich um neue Arbeitsgelegenheit bemühen, nur schädigt.

In drastischer Weise zeigt den Unwert der Polizeiaufsicht der Fall des „Hauptmanns" von Köpenick, der mit militärischer Gewalt dort das Rathaus besetzen konnte, während er unter Polizeiaufsicht stand! Und der zuvor sich lohnenden Verdienst verschafft, aber infolge fortgesetzter Ausweisungen, auf Grund der Aufenthaltsuntersagung nach § 39 Abs. 1 RStGB., die Arbeitsgelegenheit wieder verloren hatte, neuen redlichen Erwerb nicht zu finden vermochte.

3. Gleichwohl wird die völlige Aufhebung der Polizeiaufsicht wohl am Widerspruch der Regierungen scheitern, die gegenüber gemeingefährlichen Verbrechern auf diese Waffe kaum verzichten werden.

Daher muß man sich mit der Reform begnügen. Diese hat nach zwei Richtungen einzusetzen.

Vor allem mit Bezug auf Einschränkung der Fälle zulässiger Polizeiaufsicht. Zumindest die nach § 248 RStGB. zulässige Polizeiaufsicht könnte unbedenklich fallen gelassen werden. Nach Einführung der Deportationsstrafe wäre zu erwägen, ob die Zulassung der Polizeiaufsicht nicht auf Deportationssträflinge beschränkt werden könnte; daneben wäre vielleicht noch die Zulässigkeit der Polizeiaufsicht bei Verurteilungen aus §§ 180 f. RStGB. aufrechtzuerhalten — hier jedoch nicht aus sicherheits-, sondern aus sittlichkeitspolizeilichen Gründen. In Erwägung zu ziehen wäre die Polizeiaufsicht während der sichernden Nachbehandlung gegenüber Adoleszenten.[4])

Mindestens ebenso bedeutsam ist die Eindämmung der Wirkungen der Poizeiaufsicht. Die Polizeiaufsicht soll so geübt werden, daß sie nicht zur Erschwerung des geordneten Fortkommens des unter Aufsicht Gestellten führt. Hier müßten aller-

[3]) Motive, S. 74 f.

[4]) Vgl. oben § 14, Ziff. 5.

dings in erster Linie polizeiliche Instruktionen und der Takt des Vollzugsbeamten wirksam werden. Außerdem sollte die Ausweisung (Aufenthaltsuntersagung) nicht auf Grund der bloßen Tatsache der Vorbestrafung erfolgen dürfen; auch sollte die Ausweisung nur von der Landes-Zentralbehörde verfügt werden können.[5])

[6])II. 1. Das Postulat der Fürsorge für die Strafentlassenen entstammt dem Polizeistaat. Demgemäß wurde es auch schon während der Aufklärungszeit erhoben.[7]) Die Entlassenenfürsorge trägt Verwaltungs-, polizeilichen Charakter. Der zugrunde liegende treffende Gedanke beruht darauf, daß der entlassene Sträfling, insbesondere der Büßer, dem Lebenskampf in der Regel um so weniger gewachsen ist,[8]) als für ihn die Möglichkeit, redlichen Verdienst zu finden, naturgemäß erschwert ist, gegenüber dem nichtbestraften Mitbewerber. Solange indes nicht nur das Recht auf Arbeit nicht anerkannt ist, sondern zu Zeiten industrieller Abflauung oder auch schlechthin im Winter zahlreiche unbescholtene Arbeiter vergeblich Verdienst suchen, kann man unmöglich ein Recht auf Arbeit für die sozial Minderwertigen zur Geltung bringen.

Die Entlassenenfürsorge muß daher prinzipiell der privaten Charitas überlassen bleiben.

2. Mit Einführung der Deportation erwächst die Möglichkeit,

---

[5]) Beachtlich Mittermaier, Deutsche Juristenzeitung 1907, Nr. 1, S. 30: „Nur Oberbeamte und einzelne vertrauenswürdige Unterbeamte sind zu verwenden. Ausweisungen sollen nur bei begründetem Verdacht schlechter Führung, Haussuchungen nur bei konkreter Notwendigkeit stattfinden; die Ausweisung darf nur durchgeführt werden, wenn die Möglichkeit anderweiten Unterkommens feststeht."

[6]) Literatur über Fürsorge für Strafentlassene:

Fuchs, in v. Holtzendorff-v. Jagemann, Handbuch des Gefängniswesens, Bd. II, S 350—379; Krohne, Lehrbuch der Gefängniskunde, S. 276—284; v. Hippel, Die strafrechtliche Bekämpfung von Bettel, Landstreicherei und Arbeitsscheu, Berlin 1895, S. 165—169 (mit Bezug auf die Korrigenden nach der Entlassung aus dem Arbeitshaus); Fuchs, Die Gefangenenschutztätigkeit und die Verbrechens-Prophylaxe, Berlin 1898; Aschrott, Die Fürsorge für Strafentlassene in England, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 12, 1899, S. 11—23; Herm. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, S. 68; Leuß, Aus dem Zuchthause, S. 81, 193—202; C. Wagner, Die Strafinseln, S. 161—178; Ernst Rosenfeld, Die staatliche Fürsorge für die entlassenen Strafgefangenen in Preußen, Teil I, (1700—1835), Z. XXV, S. 152 bis 190; zugleich mitenthalten in: Ernst Rosenfeld, Zweihundert Jahre Fürsorge der preußischen Staatsregierung für die entlassenen Gefangenen, Berlin 1905; Kitzinger, Die Internationale Kriminalistische Vereinigung, S. 121 f.

[7]) Vgl. oben § 42, Note 69 und Text dazu.

[8]) Treffend Wagner, Die Strafinseln, S. 161—178.

entlassene Deportationssträflinge schlechthin als Kolonisten anzusiedeln.[9])

Auch anderen Strafentlassenen sollte bei entsprechender körperlicher Rüstigkeit auf Verlangen die Ansiedelung im Ansiedelungsgebiet gestattet werden.

§ 51. Bedingte Verurteilung. Gnade im Strafrecht.

I. [1])1. Das Rechtsinstitut der bedingten Verurteilung ist die schönste und reifste Frucht der positiven Strafrechtsschule.[2])

[9]) Vgl. oben § 47, Ziff. 4h.

[1]) Literatur über bedingte Verurteilung:

v. Liszt, Kriminalpolitische Aufgaben, Z. IX, S. 755—764, 781 f., Bd. X, S. 70 bis 83; Gutachten Prins, IKV. Bd. I, 1889, Heft 1, S. 28—33; Gutachten Lammasch, ebenda S. 34—43; Beratungen, ebenda Heft 3, S. 146—157 (177—184); Gutachten Wirth und Blume, ebenda Bd. II, Erste Landesversammlung der Gruppe Deutsches Reich, S. 5—10, 14—16; Wach, Die Reform der Freiheitsstrafe, S. 21—37, 66—73; IKV., Bd. III, Heft 1, 1891, S. 34—74; v. Kirchenheim, Bedingte Bestrafung, Gerichtssaal, Bd. 43, 1890, S. 51—70; v. Hippel, Die Vorschläge zur Einführung der bedingten Verurteilung in Deutschland, Gerichtssaal, Bd. 43, S. 99—125 (Zusammenstellung von Entwürfen S. 125—131); Stooß, Zur bedingten Verurteilung, Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, Bd. 5, 1892, S. 473—476; Frassati, Die bedingte Verurteilung in Italien, Z. XIV, S. 26—35; R. Schmidt, Die Aufgaben der Strafrechtspflege, Leipzig 1895, S. 285—290; v. Lilienthal, Der Stooß'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Z. XV, S. 130—138; Urbye, Die bedingte Verurteilung im norwegischen Recht, Z. XV, S. 248—259; Oetker, Rechtsgüterschutz und Strafe, Z. XVII, S. 567—577; Allfeld, Der bedingte Straferlaß (Sep.Abdr. aus Erlanger Festschrift), Leipzig 1901; W. Mittermaier, Einige Bemerkungen zu der Einrichtung des sogenannten bedingten Strafaufschubes in der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 14, 1901, S. 259 bis 276; Der bedingte Straferlaß, in derselben Zeitschrift, Bd. 16, 1903, S. 31—92; Bérenger, Des résultats de la condamnation conditionelle, IKV. Bd. X, 1902, S. 302 bis 311; Herm. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, S. 69—75; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, S. 96, 459, 472—476, 478; A. Köhler, Reformfragen des Strafrechts, S. 33—36; Gruber, im Gerichtssaal, Bd. 62, 1903, S. 211—221, 292—306; Hoegel, Die Statistik der bedingten Verurteilung in Belgien und Frankreich, Gerichtssaal Bd. 62, S. 425—445; Ignatius, Die juristische Natur der bedingten Verurteilung, Z. XXIII, S. 250—268; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 554—562 (Die bedingte Begnadigung); v. Liszt, Die Gutachten der Präsidenten der Oberlandesgerichte und der Oberstaatsanwälte (Preußens) über die sogenannte „bedingte Verurteilung" (1890), Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. I, S. 468—510; Die bedingte Verurteilung in Preußen, ebenda Bd. II, S. 160—169; Gruber, Das neue italienische Gesetz betr. die bedingte Verurteilung, Gerichtssaal, Bd. 65, 1905, S. 399 f., Klein, Über Aussetzung des Vollzuges der Strafe und Begnadigung der in Fürsorgeerziehung befindlichen Individuen, ebenda S. 400—402; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 75; Kitzinger, Die IKV., S. 92—113; Spira, Die Zuchthaus- und Gefängnisstrafe S. 147—150; Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung,

Die bedingte Verurteilung ist die durch Richterspruch betätigte Remedur des positiven Rechts im Sinne der Gerechtigkeit. Sie ist am Platze, wenn der Beschuldigte zwar formell alle verbrecherischen Tatbestandsmerkmale erfüllt hat, aber die Strafhandlung nicht Betätigung einer verbrecherischen Persönlichkeit ist, daher echte Strafschuld (im rechtsphilosophischen Sinne) nicht vorliegt.

Die bedingte Verurteilung ist gerechtfertigt gegenüber strafbedrohten Handlungen, die in concreto nicht strafwürdig erscheinen. Die bedingte Begnadigung ist hier nicht zureichend, denn es handelt sich nicht um Gnade, sondern um Recht; ungerechtfertigte Härten des positiven Rechts sollen kraft Rechtens in der Wirkung beseitigt werden.

2. In der Ausgestaltung wird die bedingte Verurteilung mit Recht meist von einer Bewährungsfrist abhängig gemacht; die Strafe entfällt nur, wenn der Verurteilte binnen gewisser Frist keine neue Straftat (überhaupt, oder kein Verbrechen oder Vergehen [i. e. S.]) begeht. Die Bewährungsfrist ist zu billigen; denn die straflose Führung während der Bewährungszeit gibt eine Bestätigung dafür, daß der Verurteilte die Strafhandlung nicht auf Grund verbrecherischer Persönlichkeit verübt hat.

Als Dauer der Bewährungsfrist erscheinen die für die fraglichen Straftaten jeweils bestehenden Verjährungsfristen nicht zu hoch gegriffen.

Als Bewährungsdelikte sollten bei bedingter Verurteilung wegen Verbrechens oder Vergehens sowohl neue Verbrechen, als auch neue Vergehen, bei Verurteilung wegen Übertretung neue Strafhandlungen schlechthin in Betracht kommen.

Bezüglich der Terminologie ist zu erwägen, ob nicht statt der Bezeichnung bedingte Verurteilung „bedingte Freisprechung" gewählt werden könnte.

3. In Ansehung des Umkreises der bedingten Verurteilung ist zu berücksichtigen, daß sie statthaben soll, wenn echte Strafschuld nicht vorliegt; hierfür bestehen mannigfache und weitreichende Möglich-

---

2. Aufl., Leipzig 1906, S. 247—251; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 323—326; Rosenfeld, Der italienische Strafprozeßentwurf 1905, IKV. Bd. 14, Heft 1, 1907, S. 173 f.; vgl. ferner die Literaturangaben in meiner Entgeltung im Strafrechte, S. 472—478, 476.

[1]) Über Vorläufer dieser Idee gegen Ende des 18. Jahrhunderts vgl. L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. IX.

keiten. Daher sollte die Zulässigkeit der bedingten Verurteilung tunlichst wenig eingeschränkt werden.

Im Einzelnen ist demnach die bedingte Verurteilung für zulässig zu erklären:

a) bei Gelegenheitsverbrechen schlechthin,[3])
b) bei Strafhandlungen Jugendlicher schlechthin,[4])
c) bei Gefährdungsdelikten schlechthin,
d) bei Bettel und Landstreicherei aus Not,[5])
e) bei Strafhandlungen aus ehrenhafter Gesinnung,
f) bei Übertretungen.

4. Bedingte Begnadigung, die in derselben Weise und mit denselben Rechtswirkungen, wie die bedingte Verurteilung auszusprechen wäre, aber als richterlicher Gnadenakt erscheint, ist in Fällen nicht zu erheblicher Strafschuld gegenüber dem Ernährer der Familie angezeigt. Hier ist zwar echte Strafschuld gegeben, jedoch handelt es sich darum, den Eintritt übermäßiger sozialer Nachteile, die durch den Strafvollzug entstünden, im unmittelbaren Interesse der Familie des Schuldigen, und im mittelbaren Interesse der Gesamtheit zu hemmen.

II. [6])1. Vom Standpunkte der starren Vergeltungstheorie

---

[3]) Vgl. oben § 30, Ziff. 3.

[4]) Vgl. oben § 14.

[5]) Vgl. oben § 31.

[6]) Aus der Literatur:

Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1797, S. 206; Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter, Zürich 1858, S. 201, Ziff. 288; Lueder, Das Souveränetätsrecht der Begnadigung, Leipzig 1860; F. Ch. v. Arnold, Über Umfang und Anwendung des Begnadigungsrechts, Erlangen 1860; Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter, Nördlingen 1864, S. 397—402, Ziff. 594—623; Vassali, Kritische Untersuchungen über das Begnadigungsrecht vom rechtsphilosophischen und kriminalpolitischen Standpunkte, Diss., Zürich 1867; Heinze, in v. Holtzendorff's Handbuch des deutschen Strafrechts, II. Bd., Berlin 1871, S. 629—637; Wahlberg, Zur Geschichte des Begnadigungsrechtes in Österreich, Ges. kleinere Schriften, Bd. II, Wien 1877, S. 122—137; Loeb, Das Begnadigungsrecht, Diss., Worms 1881; Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, Würzburg 1893, S. 101—118; Nachwort zu Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, Würzburg 1884, S. 13; Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, S. 860—879; Elsas, Über das Begnadigungsrecht, Straßb. Diss., Mannheim 1888; Bornhak, Preußisches Staatsrecht, Bd. I, Freiburg i. B. 1888, S. 532 bis 534; Bennecke und Beling, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, Breslau 1900, S. 610 f.; Jhering, Der Zweck im Recht, Bd. I, 3. Aufl., Leipzig 1893, S. 427 bis 434; Finger, Das Strafrecht (Comp. des Oest. Rechtes, 8), Bd. I, S. 322—324; Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Heft III, 1895, S. 311—314; Just, Die Erschleichung der Begnadigung, Z. XV, S. 855—862; Olpp, Die rechtlichen und wirt-

aus ist die Begnadigung nicht zu rechtfertigen. Daher verwirft Kant konsequenterweise das Begnadigungsrecht; es erscheint ihm unter allen Rechten des Souveräns als „das schlüpfrigste, um den Glanz seiner Hoheit zu beweisen, und dadurch doch im hohen Grade unrecht zu tun".[7])

Hingegen wird überwiegend der Gedanke vertreten, daß die Gnade die Remedur des Strafrechts im Sinne der Gerechtigkeit bedeute.

Schon das deutsche Rechtssprichwort bringt dies als die Idee der Gnade mehrfach zum Ausdruck.[8])

Auch Binding[9]) sagt: „Der große Regulator der Gesetzes- und Urteilswirkungen auf kriminellem Gebiete ist die Gnade."

Ähnlich bezeichnet Jhering die Gnade als „Selbstkorrektur der Gerechtigkeit":[10]) ebenso v. Liszt[11]) mit Bezug auf die Gnadenbetätigung, wie sie erfolgen soll; Finger[12]) nennt die Gnade den Regulator des Rechts; verwandt Stammler[13]) und Allfeld.[14])

---

schaftlichen Verhältnisse des Kowesi-Stammes im Groß-Namaland, Deutsch Südwest-Afrika, in den Mitteil. der Gesellschaft für vergleichende Rechts- und Staatswissenschaft, Bd. I, Berlin 1896, S. 186; Frauenstädt, Das Begnadigungsrecht im Mittelalter, Z. XVII, S. 887—910; Mommsen, Römisches Strafrecht, S. (32), 483—486, (928); Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, 4. Ausg. von Heusler und Hübner, Bd. II, S. 525 f.; Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4. Aufl., Tübingen und Leipzig 1901, Bd. III, S. 482—495; Heimberger, Das landesherrliche Abolitionsrecht, Leipzig 1901; Stockar, Das schweizerische Begnadigungsrecht, Zürich 1901; Binding, Grundriß, 6. Aufl., S. 260—271 (dort S. 260 f. reiche Literaturangaben); Sternberg, Die Begnadigung bei den Naturrechtslehrern, ZRV. Bd. 13, S. 350 ff.; Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, Berlin 1902, S. 122—145, 139—141; Davidsohn, Das Begnadigungsrecht, Erlanger Diss., Berlin 1903; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 590—593; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl., S. 287—291; Sternberg, Über die Begnadigung unter dem Ancien régime in Frankreich, ZRV. Bd. 17, 1905, S. 86—98; H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., S. 272—278.

[7]) Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, S. 206.

[8]) Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter, Ziff. 288, S. 201: „Gnade geht vor Recht". Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter, S. 397—402, Ziff. 594—623. S. 397, Ziff. 600: „Recht ohne Gnade ist Unrecht". 601: „Gnade geht für Recht". 602: „Gnade geht vor dem Rechte". 603: Gnade ist besser denn Recht". 604: „Es ist besser, zu viel Gnade als zu straff".

[9]) Handbuch des Strafrechts, Bd. I, S. 861.

[10]) Der Zweck im Recht, Bd. I, 3. Aufl., Leipzig 1893, S. 428.

[11]) Lehrbuch S. 288. Über das dort Jhering nachgesprochene Wort „Sicherheitsventil des Rechts" vgl. nächste Note.

[12]) Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 590. Das dort Jhering zugeschriebene Wort „Sicherheitsventil des Rechts" gebraucht Jhering nicht mit Bezug

2. In Wahrheit wird mit jenen Darlegungen über die Natur der Begnadigung, über ihren Inhalt oder „Zweck",[15]) die Rechtslage nur einseitig wiedergegeben. Die Begnadigung kann der Korrektur des formellen Rechts aus dem Gesichtspunkt eines höheren Rechtsgefühls dienen, was auf die Mehrzahl der Begnadigungen zutrifft; sie kann Ausfluß der Milde sein, wie insbesondere viele Begnadigungen gegenüber den zur Todesstrafe Verurteilten; die Begnadigung kann aber auch ohne Rücksicht auf jene Momente erfolgen, wie die Amnestie bei feierlichen öffentlichen Anlässen, Gedenktagen etc.

In Ansehung dieses weitreichenden Anwendungsgebiets erweist sich die Begnadigung als Residuum des Absolutismus, dessen Beseitigung allerdings nachteiliger empfunden würde, als die Beibehaltung.[16])[17])

3. Bezüglich der Rechtsstruktur der Begnadigung sind die Ansichten geteilt.

a) Die ältere, insbesondere von Heinze vertretene Anschauung, nach der die Begnadigung Spezialgesetz sei,[18]) ist neuerdings mit Recht ebenso aufgegeben, wie die Ansicht, die in der Begnadigung einen jurisdiktionellen Akt sieht.

b) Binding[19]) deutet die Begnadigung, soweit sie nicht die Form des Amnestiegesetzes annimmt, als Verzicht auf das subjektive Strafrecht und Strafklagrecht des Staates. So auch Elsas, Merkel, Heimberger, Finger, Allfeld.[20])

---

auf die Begnadigung, sondern — unmittelbar zuvor — zur Erklärung des Notrechts und der Expropriation (Der Zweck im Recht, Bd. I, S. 426).

[13]) Die Lehre von dem richtigen Rechte, S. 139—141.

[14]) H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch, 6. Aufl., S. 272: „Zur Ergänzung des Strafrechts nach der Seite der Milde dient die Erteilung der Gnade oder die Begnadigung. . . . ."

[15]) So Vassali, Kritische Untersuchungen über das Begnadigungsrecht, S. 14, 30 f., 49, der den „Zweck" des Instituts der Begnadigung in der „Gerechtigkeit", d. h. der Ausgleichung des begriffsmäßigen Rechts mit dem positiven, sieht.

[16]) Treffend H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch, 6. Aufl., S. 272 f. Vgl. auch Lueder, Das Souveränetätsrecht der Begnadigung, S. 98—110.

[17]) Über die geschichtliche Entwicklung des Begnadigungsrechts vgl. Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 483—486; Binding, Grundriß, S. 261 f.; Davidsohn, Das Begnadigungsrecht, S. 1—9; v. Liszt, Lehrbuch, S. 288.

[18]) So namentlich Heinze, in v. Holtzendorff's Handbuch, Bd. II, S. 634. Vgl. im übrigen die Literaturangaben bei H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 272, Note 4.

[19]) Handbuch, Bd. I, S. 863; Grundriß, S. 262 f.

[20]) Siehe die Angaben bei Binding, Grundriß, S. 263; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 590 (Finger teilt jedoch bezüglich der Rechtsstruktur

Diese bestechende Erklärung hält jedoch nicht stand. Sie leidet an dem Fehler, daß sie ein einheitliches Subjekt des subjektiven Straf- und Strafklagrechts einerseits, des Begnadigungsrechts andererseits annimmt. Ein Verzicht ist nur möglich seitens des Berechtigten. Der Verzicht auf Strafverfolgung und Strafvollstreckung kann daher wirksam nur ausgehen von dem zur Strafverfolgung und Strafvollstreckung Berechtigten. Nun ist aber Subjekt oder Träger des subjektiven Strafrechts (richtiger: Strafanspruchs)[21] der Staat; Träger des Begnadigungsrechts aber ist nicht der Staat als Staat, sondern das verfassungsmäßige Begnadigungssubjekt. So werden zwar Urteile im Namen des Reichs gesprochen, die Begnadigung aber übt der Kaiser, und zwar nicht als bloßes Organ des Reichs, sondern jure proprio, kraft des ihm zustehenden Verfassungsrechts. Auch in Landesstrafsachen ist der Monarch Begnadigungsubjekt, nicht Begnadigungsorgan.

Demgemäß bezeichnet zwar Binding von seinem Standpunkte aus treffend die Begnadigung als „publizistisches Rechtsgeschäft“[22] — denn jeder Rechtsverzicht ist Rechtsgeschäft —; aber die Begnadigung ist nicht Rechtsgeschäft, eben weil sie nicht Rechtsverzicht ist.

c) Nach Laband ist die Begnadigung Regierungshandlung, „die Ausübung der obersten staatlichen Macht, durch welche in den geordneten und regelmäßigen Gang der Rechtspflege eingegriffen wird. Die Begnadigung ist ein Befehl, der eine Handlung oder Unterlassung zum Inhalt hat. Die Niederschlagung ist der Befehl, daß eine Strafverfolgung unterbleiben oder nicht fortgesetzt werden soll.“[23] „Der Gnadenakt ist ein außerordentlicher, im Verfassungsrecht zugelassener, aber im Prozeßrecht nicht geregelter Verwaltungsakt; er steht außerhalb der durch das Gesetz gegebenen Ordnung des Strafverfahrens . . . er ist ein Befehl contra legem. . .“[24]

---

der Begnadigung den Standpunkt Laband's); H. Meyer-Allfeld, Lehrbuch, S. 272 („. . . Ausschließung der Strafe durch Anordnung des Staates oder, subjektiv gewendet, durch Verzicht auf den Strafanspruch“).

Dagegen Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. III, S. 484, Note 2; im Ergebnis richtig, aber ohne stichhaltige Widerlegung Binding's.

[21]) Vgl. mein System, Bd. III, S. 176 f.

[22]) Handbuch, Bd. I, S. 863; Grundriß, S. 263.

[23]) Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. III, S. 484.

[24]) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. III, S. 485 f.

Im wesentlichen an Laband anschließend: Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 590.

Hier ist Richtiges und Irriges gemengt, wie im folgenden weiter darzulegen.

d) Man muß scheiden zwischen dem Begnadigungsrecht im objektiven Sinne als genereller Bestimmung, und dem Begnadigungsakt als (jeweiliger) Betätigung des Begnadigungsrechts.

Das Begnadigungsrecht ist ein Bestandteil des Staatsrechts und zwar des Verfassungsrechts. Das Begnadigungsrecht ist ein Inbegriff von Rechtsnormen, kraft deren (soweit sie die Abolition betreffen) die Strafverfolgung, oder (soweit sie die Begnadigung i. e. S. betreffen) die Strafvollstreckung im Widerspruch mit dem Straf- und Strafprozeßrecht gehemmt werden kann.

Das Verhältnis des Begnadigungsrechts zum Straf- und Strafprozeßrecht ist ein analoges, wie das Verhältnis des Expropriationsrechts zum ordentlichen Eigentumsrecht und -prozeß. Hier wie dort können fundamentale Rechtsgarantien (der Sicherheit des Privateigentums gegen Willkür — der Rechtssicherheit gegen Verbrechen) illusorisch gemacht werden auf Grund besonderer Rechtsbestimmungen. (Ein Gegensatz zwischen Expropriationsrecht und Begnadigungsrecht besteht darin, daß dort das Interesse des Einzelnen verletzt, hier das Interesse des Einzelnen gefördert wird.)

Der einzelne Begnadigungsakt erfolgt auf Grund des Begnadigungsrechts (im objektiven Sinne). Wenn man den Begnadigungsakt mit Laband als „Befehl" bezeichnet, ist er nicht juristisch gekennzeichnet; wenn man mit Laband den Begnadigungsakt einen „Befehl contra legem" nennt, erweckt man eine irrige Vorstellung. (Der Begnadigungsakt erfolgt in Wahrheit im Einklang mit der lex des Verfassungsrechts, und diese hat derogierende Kraft gegenüber den regulären Wirkungen des Straf- und Strafprozeßrechts).

Der Begnadigungsakt ist Regierungshandlung, und zwar formell und inhaltlich Verordnung. Er ist Verordnung im formellen Sinne, denn er erfolgt durch den Träger der Regierungsgewalt ohne Zustimmung des Parlaments; er ist Verordnung im materiellen Sinn, denn er schafft nicht neues objektives Recht.

Man kommt daher der richtigen Lösung am nächsten, wenn man mit Bornhak der Begnadigung „den Charakter der Ausführungsverordnungen zu diesen Rechtsnormen" (scil. die das Begnadigungsrecht regeln) zuspricht.[25]) Dies ist nur insofern nicht ganz

[25]) Bornhak, Preußisches Staatsrecht, Bd. I, S. 533.

richtig, als die Ausführungsverordnung regelmäßig für den Träger des Verordnungsrechts zugleich die Rechtspflicht involviert, Anordnungen zum Vollzug der Gesetze zu erlassen, während das Begnadigungsrecht nur die Ermächtigung zu Begnadigungsakten begründet. Der Begnadigungsakt ist eine Verordnung, deren Zulässigkeit sich auf das Begnadigungsrecht (im objektiven Sinn) gründet.

4. In allen ihren Formen ist die Begnadigung ein verfassungsmäßig garantiertes Hoheitsrecht, das formell Rudiment des Absolutismus bildet, und demgemäß frei gebraucht und mißbraucht werden kann. Die Idee des Rechts- und Kulturstaats begründet für den Inhaber des Begnadigungsrechts die ethische (rechtlich nicht gewährleistete) Pflicht, die Begnadigung im Geiste der modernen Rechtskultur zu betätigen. Bei Erfüllung dieser Pflicht erscheint die Gnade als die Korrektur des positiven Rechts gemäß den Anforderungen einer höheren Gerechtigkeit; dann ist sie das unentbehrliche, dem Wohl der Gesamtheit dienstbare Mittel, das unvollkommene irdische Recht gerecht zu handhaben.

Denn alles Recht ist irdische Schöpfung; der Menschen Wissen und Walten aber ist Stückwerk.

Autorenregister.

A.

Abegg 89, 106.
Ahlfeld 174.
Ahrens 111.
Ahsbahs 85.
Alberti, v. 85.
Alembert, d' 220.
Alexander Aphrod. 48.
Alimena 149, 150, 150, 159.
Allfeld 30, 65, 74, 82, 84, 85, 89, 91, 92, 94, 96, 99, 102, 103, 106, 129, 130, 137, 142, 154, 155, 158, 160, 163, 165, 170, 172, 174, 175, 177, 178, 181, 191, 194, 195, 214, 230, 233, 251, 258, 259, 262, 263, 265, 266, 267.
Almendingen, v. 18, 229.
Altsmann 83.
Amira, v. 119, 146, 206, 208, 209, 250, 251.
Anschütz 137, 141.
Appelius 80, 83.
Aristoteles 48, 211.
Arnold, v. 264.
Aschaffenburg 26, 73, 74, 77, 79, 81, 82, 146, 169, 196, 226, 262.
Aschrott 162, 187, 188, 189, 231, 232, 245, 250, 261.
Assézat 220.
Auer 24, 27, 89, 180, 226, 230, 232, 233, 234, 235, 236.
Augustinus 36.
Avé-Lallemant 118, 162.
Avenarius 6, 30, 64, 98, 101.

B.

Baer 20, 81, 226, 232.
Baernreither 83.
Baldwin 37, 146, 147.
Ballin 85.
Balser 82.
Bar, L. v. 10, 12 f., 15, 17, 36, 50, 54, 64, 85, 111, 112, 119, 137, 154, 169, 202, 206, 207, 215, 216, 217, 219, 221, 222, 223, 224, 225, 229, 231, 232, 251, 255.
Barckhausen 217.
Barth, P. 37, 146.
Bartolomäus 118, 170.
Basedow 10, 64.
Baumgarten 98, 100, 232.
Beaussire 111.
Beccaria 111, 218 f., 230, 231.
Beling 10, 12, 37, 57, 65, 73, 83, 85, 89, 92, 102, 113, 114, 135, 144, 189, 214, 264.
Benecke 225.
Benedikt 20.
Bennecke, H. 64, 98, 119, 159, 171, 189, 264.
Bentham 111, 225 f.
Bérenger 262.
Berg 230, 232.
Berger, A. 81.
Berlich 216.
Berner 28, 29 f., 37, 98, 111, 112.
Berolzheimer, 3, 4, 5, 6, 8, 9 f, 13, 20, 37, 38, 39, 40, 43, 47, 49, 50, 51, 52, 60, 65, 68, 71, 72, 73, 74, 79, 80, 81, 85, 89, 91, 92, 96, 97, 99, 100, 101, 102, 104, 112, 117, 120, 123, 124, 125, 127, 128, 134, 136, 137, 140, 142, 144, 145, 146, 147, 149, 160, 162, 169, 177, 187, 189, 201, 203, 206, 207, 208, 210, 217, 220, 221, 222, 223, 225, 251, 262, 263.
Best 82.
Bierling 10, 11 f., 37, 65, 66.
Binding 5, 6, 7, 10 f., 12, 13, 24, 28, 34, 36, 49, 64, 65, 71, 85, 88, 89, 91, 92, 98, 100, 105, 106, 111, 112, 128, 129, 130, 131, 142, 159, 160, 163, 164, 165, 170, 171, 172, 174, 175, 177, 178, 201, 214, 229, 251, 259, 264, 265, 266, 267.
Birkmeyer 22, 30, 31 f., 36, 38, 92, 101.
Bleuler 74.
Blocq 111.
Blume 262.
Bluntschli 219.
Bonet-Maury 243.
Bonger 146, 151, 162, 172, 179.
Bonhoeffer 162, 170.
Bonneville de Marsangy 257.
Bornhak 186, 243, 244, 264, 268.
Bouché 171.
Brater 219.
Braun, H. 24, 152, 153, 154.
Braune 232, 259.
Bresler 74, 79, 81, 154, 188, 189.
Bruck 243, 244, 247, 248, 249, 250.
Brunetière 221.
Brunner 52, 53, 54, 64, 98, 101, 104, 117, 119, 122, 130, 148, 159, 206, 208, 209, 210, 250.
Bülow, v. 36.

Bünger 64.
Burgl 74.
Buri, v. 22, 64, 85, 89, 98, 101, 250.

C.

Calker, van 14 f., 25, 36, 40, 50.
Call, v. 162.
Carmignani 111.
Carpzov 118, 131, 216.
Carrara 111.
Carrel 146.
Carriere 52, 60.
Cathrein 28, 30, 37, 46.
Cicero 89.
Clausius 191.
Cluß 79.
Cohen, Herm. 43.
Conrad 250.
Conrad, Else 162.
Coulin 280.
Cuche 130.

D.

Dahn 229.
Dambach 106.
Dannemann 82.
Daude, Emil 171.
Davidsohn 265, 266.
Delaquis 99.
Delius 85, 89, 91, 92, 98, 102, 103.
Diderot 220.
Dietherr 4, 53, 85, 88, 89, 101, 103, 119, 168, 169, 210, 213, 229, 264, 265.
Dix 83.
Dohna, Graf zu 37, 65, 89, 114, 124, 138.
Dorado 130.
Drill 127, 243.
Dronke 137.
Du Bois-Reymond 36.
Du Bois-Reymond, Lili 162.

E.

Eisenmann 98.
Ellinger 258.
Ellis 20.
Elsas 264, 266.
Elster 79.
Emmert 73.
Endemann, F. 79.
Engelhard 223.
Engelmann, W. 64.
Engels 175.
Erdmann, B. 60.
Erdmann, J. Ed. 47, 60.
Esselborn 218, 219, 231.
Eucken 49.
Eulenberg 88.
Ewald 232.

F.

Falkenburg 162.
Fani 243.
Fayer 130.
Feisenberger 187.
Ferneck, A. Hold v. 10, 37, 85, 89, 92, 113, 201.
Ferrero 20.
Ferri, 20, 21 f., 39, 111, 112, 226.
Ferriani 81.
Feuerbach, A. 17, 18, 90, 111, 201, 229.
Fichte 89, 111.
Filangieri 111, 219 f., 255.
Finger 10, 11, 20, 28, 29, 65, 71, 73, 74, 79, 81, 83, 85, 87, 89, 92, 98, 99, 101, 102, 103, 106, 111, 130, 131, 137, 142, 146, 153, 154, 158, 165, 171, 188, 189, 191, 210, 214, 230, 251, 258, 259, 262, 264, 265, 266, 267.
Flandin 81.
Fleischmann 17.
Föhring 80.
Förstemann 85.
Foinitzki 80, 101, 154, 243.
Forel 175, 180, 181.
Fraenkel 20.
Franck 111.
Frank, Aug. 144.
Frank, R. 64, 68, 71, 83, 90, 92, 128, 137, 140, 141, 154, 160, 162, 163, 165, 175, 177, 178, 214, 215, 216, 217, 219, 223, 225, 232, 235, 243, 244, 247, 251, 259.
Frankenstein 244.
Frapan 159, 201.
Frassati 262.
Frauenstädt 160, 162, 265.
Frazão 243.
Freudenthal 102.
Freund 243, 244.
Frey 183.
Friedberg 190.
Friedrich der Große 222 f.
Friedrich II. 75.
Fuchs 131, 261.
Fuhr 259.
Fuld, L. 80, 82, 83.

G.

Garçon 154, 186.
Garofalo 20, 21, 42, 111, 114, 115, 232.
Garraud 127.
Gauckler 80, 127.
Gaupp, R. 20, 81.
Gautier 26, 106, 128, 154, 171, 173, 177, 186, 195.
Gennat 154, 232, 258.
Gentz 243, 248.
Getz 80, 98, 102.
Geyer 6, 85, 122, 131.
Gierke 43.
Glaser 188, 215.
Görres, H. 189.
Goethe 53, 60.
Goetze 232, 234.
Goldenweiser 219.
Goldschmidt, J. 65, 98, 137.
Goldziher 62.
Goltdammer 31, 32, 65, 119, 175, 176, 177, 180, 185, 187, 188, 189, 250, 253, 256.
Goos 215.
Gottschalk 74.
Gradnauer 233.
Graf 4, 53, 85, 88, 89, 101, 103, 119, 168, 169, 210, 213, 229, 264, 265.
Grashey 185.
Gretener 37, 64, 73, 74, 81.
Grimm, J. 49, 137, 160, 178, 206, 210, 211, 213, 229, 250, 265.
Grisebach 36, 49, 68.
Grolman 18, 89, 111, 229.
Groß, H. 37, 81, 82, 99, 146, 151, 160, 162, 170, 180, 181, 187, 188, 226, 227, 230, 231.
Grosse 175.
Großmann 232.
Grotius 4, 34, 111, 201.
Gruber 262.
Grünhut 5, 7, 10, 11, 24, 34.
Guderian 137.
Günther, C. 74.
Günther, Ludwig 6, 17, 25, 87, 118, 165, 201, 210, 211, 212, 213, 215, 216, 217, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 229, 250, 255, 263.
Gurlitt 162.

H.

Haberda 230.
Hälschner 111.

Hafter 73.
Hahn 83.
Hamel, van 24, 127, 154, 226.
Harburger 96, 98, 99, 102, 154, 186.
Hartenstein 6, 36.
Haupt 102.
Haymann 221.
Heckel, v. 244.
Heffter 89.
Hegel 4, 8, 9, 12, 14, 30, 31, 36, 41, 52, 111.
Hegler 187, 189.
Heilborn 102, 175, 176.
Heilbronner 79.
Heimberger 31, 32, 33, 45, 46, 88, 89, 102, 232, 233, 234, 235, 244, 251, 265, 266.
Heinemann, Hugo 10, 186, 187.
Heinze 264, 266.
Held 131.
Hellweg 189.
Helvetius 220.
Hepp 7, 15, 19, 50.
Heraklit 48.
Herbart 6, 36.
Herold 7.
Herr 177.
Hertz 111, 215, 217, 220, 221, 222.
Heusler 160, 210, 229, 250, 265.
Heyne 49, 137, 202.
Hillebrand 78, 79, 85, 88, 89, 101, 103, 168, 210, 211, 229, 264, 265.
Hiller 130.
Hilty 79.
Hippel, Rob. v. 37, 64, 65, 68, 69 f., 162, 163, 165, 166, 215, 232, 259, 261, 262.
Hirschfeld 180.
His 52, 206.
Hobbes 17, 33, 46, 111.
Hoche 37, 74, 79, 81, 154, 179, 180, 181, 183, 188, 189.
Hoegel 73, 81, 99, 191, 232, 262.
Höpfner 10, 102.
Holbach 220.
Holtzendorff, v. 8, 32, 36, 37, 80, 153, 154, 165, 215, 231, 243, 261, 264, 266.
Hommel 225.
Hoppe 79.
Horn 98.
Howard, John 225.
Hrehorowicz 36.
Hübbe 73.
Hübner 160, 210, 229, 250, 265.
Hürbin 232.

I (J).

Jäger, Joh. 20.
Jaffa 177.
Jagemann, v. 80, 83, 153, 154, 165, 215, 231, 243, 261.
Janka 36, 88, 111.
Jellinek 8, 9, 50.
Jentsch 20.
Ignatius 262.
Jhering 20, 22, 33, 111, 112, 127, 128, 264, 265.
Ilberg 180.
Jodl 36.
John 214.
Jolly 111, 160.
Just 264.

K.

Kahl 30, 31, 73, 76, 77, 78, 81, 154, 187, 232.
Kahn 92, 171, 172, 173.
Kahn, Louis 130.
Kant 3, 4, 5, 9, 12, 36, 39, 41, 43, 49, 111, 225, 229, 230, 264, 265.
Katzenstein 229.
Keller, S. 85.
Kirchenheim, v. 20, 262.
Kirn 36, 153, 185.
Kitzinger 25, 64, 74, 81, 130, 162, 244, 245, 251, 261, 262.
Klee 64, 65, 98.
Klein 81, 262.
Klein, E. F. 4, 196.
Klein, J. L. 60, 62.
Kleinfeller 231.
Kleinschrod 255.
Klippel 36.
Kluge 47, 202.
Klumker 82, 84, 162, 165.
Köbner 154.
Köhler, A. 30, 32, 65, 74, 81, 85, 89, 92, 96, 99, 102, 119, 144, 181, 214, 230, 232, 251, 258, 259, 262.
Koehne 163, 231.
Koenig 39.
Köstlin 111.
Kohler, J. 7, 8, 32, 36, 37, 52, 54, 60, 62, 65, 71, 75, 76, 81, 85, 87, 88, 89, 92, 98, 99, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 117, 118, 119, 128, 137, 140, 141, 142, 143, 152, 154, 160, 174, 179, 180, 181, 191, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 215, 229, 230, 244, 251, 252, 253, 256, 264, 280.
Kohlrausch 10, 13, 14, 22, 65, 92, 93, 94.
Kohn, Fritz 99.
Koppmann 102.
Korn 243, 244, 248.
Kraepelin 21, 27, 74, 195, 196, 226.
Krafft-Ebing, v. 37, 73, 79, 81, 179, 180, 181, 182, 184, 185.
Kraus, Oskar 24, 65, 146.
Krauß, A. 146.
Krauße 258.
Krech 162.
Kreuser 74.
Kries, v. 101.
Krohne 73, 80, 83, 165, 215, 226, 231, 243, 245, 261.
Kronecker 232, 250.
Krug 10, 102.
Krzymuski 111, 112.
Kuhlenbeck 20.
Kulemann 186.
Kulischer 206.
Kurella 20, 21, 37, 73, 146, 151, 180, 226.

L.

Laas 6, 28, 30, 64, 98, 101.
Laband 265, 267, 268.
Laistner 11, 53, 219.
Lammasch 18, 28 f., 111, 262.
Landsberg, E. 3, 17, 216, 217, 223, 224, 225.
Laschi 20.
Lassalle 42.
Lasson 8, 9.
Le Bon, G. 36.
Leibniz 6, 46, 47.
Lenz 82, 83.
Leppmann 73.
Leroy-Beaulieu 244, 248, 250.
Leuß 230, 232, 233, 234, 235, 258.
Leveillé 21, 243.
Levita 85, 86.
Lewin 174.
Liepmann 13, 14, 15, 36,

37, 50, 64, 73, 74, 75, 77, 85, 88, 89, 92, 96, 129, 146, 148, 189, 221.
Lilienthal, v. 24, 26, 64, 81, 85, 89, 91, 98, 101, 103, 119, 143, 146, 149, 153, 154, 155, 180, 185, 188, 229, 250, 262.
Lipps 14.
Lipsius 102, 104, 119.
Liszt, v. 8, 10, 22 f., 24, 25, 29, 36, 64, 65, 68, 71, 73, 74, 75, 77, 78, 80, 81, 83, 85, 89, 90, 91, 93, 96, 99, 102, 103, 106, 111, 112, 126, 128, 130, 131, 137, 142, 146, 147, 153, 154, 155, 158, 160, 163, 165, 171, 172, 173, 174, 177, 178, 179, 181, 185, 187, 191, 195, 196, 214, 215, 226, 230, 231, 232, 241, 250, 251, 258, 259, 262, 265, 266.
Loeb 264.
Löffler, A. 64, 81, 85, 92, 96, 210, 280.
Loening, E. 78, 162.
Loening, R. 11, 34, 37, 48, 49, 65, 74, 89, 210, 215, 216, 224, 225.
Löwe 189.
Löwenfeld 37.
Löwenheim 102.
Loewenstimm 162, 244.
Lohsing 99, 191, 230.
Lombroso 20 f., 22, 123, 226.
Longard 74.
Lucas 64, 154.
Lueder 264, 266.
Luther 85.

M.

Mack 37.
Makarewicz 22, 27, 42, 52, 55, 65, 96, 99, 102, 111, 112, 115, 116, 117, 118, 119, 137, 206, 207, 210.
Masmonteil 215, 221, 222.
Massow, v. 162.
Maugras 221.
Maurer 206, 209.
Mayer, M. E. 10, 37, 65, 69, 70, 92, 95, 96, 146, 148, 153, 154, 155, 191, 244, 245.
Mayer, Otto 137.
Mayer von Schauensee 180.
Mayr, Gg. v. 154.
Medeiros, Travares de 130.
Medem 231.
Merian 20.
Merkel, A. 10, 13 f., 15, 22, 28, 29, 50, 111, 112, 266.
Merkel, Rud. 10, 13, 89, 92.
Metz 171.
Meyer, Gg. 137, 141.
Meyer, H. 31, 36, 65, 74, 82, 84, 85, 89, 91, 92, 94, 96, 98, 99, 102, 103, 106, 111, 129, 130, 137, 142, 154, 155, 158, 160, 163, 165, 170, 172, 174, 175, 177, 178, 181, 188, 189, 191, 194, 195, 214, 230, 233, 251, 258, 259, 263, 265, 266, 267.
Meyer, Oskar 130, 131.
Meyerfeld 7.
Miler 127.
Mill, John St. 36.
Mirička 65.
Mittelstädt 22, 154, 231, 250.
Mittermaier, C. J. A. 17, 219.
Mittermaier, W. 50, 81, 146, 170, 171, 172, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 183, 186, 187, 189, 190, 244, 245, 259, 261, 262.
Mohr 74.
Moldenhawer 81, 83.
Moll 180, 183, 185.
Mommsen 50, 53, 54, 62, 64, 92, 102, 118, 130, 160, 169, 174, 180, 206, 207, 208, 210, 211, 212, 215, 229, 243, 251, 252, 265, 266.
Monakow 74.
Montero 130.
Montesquieu 217 f., 255.
Morgenstierne 162.
Moriaud 89.
Müffelmann 37.
Müller, Max 49, 54, 69.
Münsterberg 162.
Munk 232, 233, 238.

N.

Näcke 180, 183.
Naendrup 215.
Natorp 37.
Netter 15.
Nicoladoni 98, 101, 215, 217.
Nietzsche, 7, 40.
Nordschild 258.

O.

Oehlert 188.
Oerstedt 225.
Oetker 28, 30, 31, 36, 74, 85, 89, 92, 98, 100, 101, 189, 190, 191, 196, 203, 251, 262.
Oettingen, A. v. 22, 78, 162, 176, 229, 230.
Offner 37.
Okada 125.
Oldenberg 54.
Olpp 171, 264.
Olshausen 71, 74, 81, 83, 85, 89, 91, 92, 99, 102, 130, 137, 154, 160, 162, 163, 165, 175, 177, 178, 180, 191, 214, 251, 259.
Onanoff 111.
Oppenheim, L. 91.
Oppenhoff 85, 89, 91, 92, 98, 102, 103.
Orth 185.
Osenbrüggen 48, 53, 85, 101, 118, 119, 123, 206.
Ostwald, H. 162.
Overbeck, v. 99, 215, 220.

P.

Paul 47, 202.
Paulsen 19, 37, 46.
Paulus 95.
Peabody 162.
Pelman 73, 76, 77.
Petersen 37.
Pfaff 79.
Pfenninger 201.
Pfister 37.
Picot 169.
Pomme 65.
Post 118, 206, 207, 208.
Poustoroslew 127, 130.
Priester 244.
Prins 24, 195, 226, 262.
Pufendorf 111, 216 f.

R.

Radbruch 65, 174.
Raecke 81.
Rehme 52, 55, 101, 102, 117, 119.
Reichard 130.
Reinhardt 250.
Risch, v. 106.
Rissom 85.
Rocholl 221.
Röder 19, 111.
Roethe 53.
Rohland, v. 37, 65.
Romagnosi 111, 112.

Roscher, G. 160.
Roscher, W. 83, 162, 165.
Rosenberg, W. 130, 131, 134, 186, 187.
Rosenblatt 186.
Rosenfeld, Ernst 20, 187, 189, 215, 243, 244, 250, 251, 256, 261, 263.
Rosenthal, Ed. 171.
Rosin 137, 141.
Roßbach 218, 219.
Rossi 111.
Rotering 137, 162, 163, 164.
Rousseau 33, 111, 220 f.
Roux 98.
Ruedemann 37, 146.
Ruhemann 81.

S.

Sacchi-Lodispoto 22.
Schäfer 36, 79, 185.
Schanz 74.
Schaper 111, 131.
Scharling 162.
Scheel 76.
Schiel 36.
Schlecht 98.
Schleifenbaum 89.
Schlosky 159.
Schmidt, H. 160.
Schmidt, Richard 18 f., 22, 91, 196, 262.
Schmidt-Ernsthausen 177, 187.
Schmölder 176, 179, 251, 253, 256, 257.
Schmoller 162.
Schneickert 174.
Schneider, H. 160.
Schönberg, v. 78, 162.
Schopenhauer 36, 39, 49, 68.
Schott 96.
Schrickert 180.
Schröder, R. 52, 53, 55, 99, 103, 118, 119, 122, 131, 148, 169, 171, 206, 208, 209, 210, 250, 251.
Schubert 189.
Schultze 111.
Schultzenstein 174.
Schuppe 36, 201.
Schwicker 101, 103.
Seckel 172.
Sehling 171, 251.
Seidler 250.
Seneca 18.
Seuffert Herm. 27, 65, 73, 81, 92, 95, 96, 97, 98, 99, 102, 130, 137, 142, 226, 229, 230, 231, 232, 243, 251, 255, 257, 258, 261, 262.
Shakespeare 69.
Sichart 24, 74, 132, 154, 162, 163, 164, 165, 166, 176, 226, 231, 232.
Siefert 74, 154.
Sighele 146, 151.
Šilovič 83.
Silva, H. da 130.
Simons 186.
Simonson 88, 232.
Singer 162.
Soden, v. 25, 224, 255.
Sommer 188.
Sonnenfels, J. v. 225.
Spinoza 39, 111.
Spira 106, 232, 251, 262.
Stade 146.
Stahl 5, 111.
Stammler 8, 9, 125, 265.
Stein, Ludwig 221.
Steinmetz 118, 119, 125.
Stengel, v. 137, 141, 243, 248.
Stenglein 189.
Stern, J. 31.
Stern, L. William 188.
Stern, Wilhelm 37.
Sternau 195.
Sternberg 265.
Stintzing 216.
Stockar 265.
Stooß 26, 64, 79, 82, 84, 89, 92, 100, 101, 105, 143, 146, 148, 149, 154, 180, 185, 226, 230, 240, 250, 251, 255, 257, 262.
Stranz 259.
Streng 215.
Sturm 65.
Swoboda 206.

T.

Tacitus 25, 130.
Tarde 37, 49, 50, 73, 146, 151, 229.
Thiersch 187.
Thiry 98.
Thomas von Aquin 30, 111.
Thomasius 217.
Thomsen, Andr. 27 f., 96, 98, 146.
Thomsen (Hannover) 214.
Thon 6.
Thuemmel 243.
Tönnies 24, 81, 152, 153, 154.
Tolstoi 159, 201.
Torres 37.
Tourneux 220.
Traeger, L. 36, 64, 75.
Trendelenburg 122.
Treu 232, 234, 235.
Tronin 159, 201.
Tuczek 81.

U.

Uffelmann 232, 233, 238.
Uhlhorn 162.
Ullmann, v. 189.
Urbye 262.
Urysohn 119.

V.

Vaccaro 111.
Vaníček 117.
Vargha 19, 36, 73, 203, 226, 232.
Vasalli 186, 264, 266.
Vidal-Naquet 81.
Voltaire 216, 219, 220, 221 f.
Voß 177.

W.

Wach 24, 32, 33, 195, 196, 232, 242, 262.
Wachenfeld 30, 32, 149, 150, 181, 182, 183, 185, 186, 189.
Wacker 83.
Wächter 131.
Wagner, C. 232, 233, 235, 236, 244, 248, 249, 250, 261.
Wahlberg 153, 159, 215, 225, 229, 250, 264.
Weidlich 187.
Weingart 73, 188, 189.
Weinrich, A. v. 10, 186, 187.
Welcker 7.
Werner, R. 74.
Wieland 25, 111, 224, 255.
Wilda 119, 206.
Wilde 7.
Wildermut 74.
Willard 162.
Wille, L. 73.
Willenbücher 222, 223.
Wilmans 162.
Windelband, W. 36, 37.
Wirth 262.
Witté, de 243.
Wolff, Chr. v. 216, 217, 223.
Woulfert 186.
Würzburger 89.
Wulffen 81.
Wundt 8, 28, 30.

Z.
Zachariae 225.
Zeitler 96.
Zenker 37.
Zimmer 174, 207.
Zimmermann 244.
Zoepfl, H. 130.
Zucker 81, 83, 169, 186, 259.
Zürcher 20, 64, 232, 250.
Zweigert 71, 74, 81, 85, 89, 91, 92, 99, 102, 130, 137, 154, 166, 160, 163, 165, 175, 177, 178, 180, 191, 214, 251, 259.

Sachregister.

A.
Abschaffung des Strafmaßes, s. Unbestimmte Verurteilung.
Abschreckungstheorie 15—19, 125, 193, 213.
Absicht 71 f.
absichtlich 71.
Absichtsdelikte 71 f., 148.
Abtreibung 16, 91, 151, 174 f.
Abverdienen der Geldstrafe 257.
Adoleszenz, s. Jugendliche.
Aechtung 207, 208, 209; s. auch Friedlosigkeit.
Aequivalent, s. Entgeltungstheorie.
Aergerniserregung 178 f.
Affekt 41, 87, 149—151.
Ahnenkult 120.
Amnestie, s. Begnadigung.
Amtsverbrechen 133, 159.
Analoge Talion 212.
Anethische Rechtsepoche 50, 51, 54 f., 66, 79, 117, 121, 122, 168, 171, 172, 206, 210—214.
Anstifter, s. Teilnahme.
Anstiftung, erfolglose 105 f.
Antrag, s. Strafantrag.
Anzeigepflicht bei Notwehr 88.
Arbeiterausbeutung 125; s. auch Ausbeutung.
Arbeitshaus 165—167, 240, 241.
Arbeitspensum in Strafanstalten 167, 234.
Arbeitsscheu 78, 164 f., 166, 177, 178, 241; s. auch Bettel und s. Landstreicherei.
asebeia 119.
Aufenthaltsuntersagung 261.
Aufklärungszeit, s. Humanitätsidee im Strafrecht.
Ausbeutung 114 f., 125, 126.
Ausbeutung (in § 181 a RStGB.) 145, 177 f.
Auslieferung 148.
Ausweisung 261.

B.
beabsichtigt 71.
Bedingte Begnadigung 263, 264.
Bedingte Verurteilung 59, 127, 136, 158, 159, 166, 241, 262—264.
Begnadigung 3, 118, 247, 264—269.
Begünstigung 102, 143, 253.
Beihilfe, s. Teilnahme.
Beleidigung 135, 240, 252, 253.
Beleidigung, verleumderische 241, 253.
Berufsausübung, Untersagung der 72 f.
Besserungstheorie 7, 19, 155, 193, 197, 217, 219.
Bestialität 180, 185.
Betrug 58 f., 72, 96, 132, 133, 139, 155, 161, 227, 241, 253.
Bettel 59, 78, 124, 134, 139, 153, 155, 156, 157, 162—167, 240, 241, 244, 245, 252, 264.
Bevormundungsstrafe 203.
Bewährungstheorie 10—12.
Beweisnotwendigkeit 63.
Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, s. Strafrechtsirrtum.
Billigkeit 6.
Blutrache 51, 54, 120, 202, 203, 204.
Börsenehrengerichte 136.
Bordelle 176.
Brandstiftung 132.
Bürgerliche Freiheit, s. Freiheit bürgerliche.
Buße 250, 252, 256.

C.
Charakter, s. Persönlichkeit, ethische.
concurrence déloyale, s. Wettbewerb, unlauterer.
custodia honesta, s. Festungshaft.

D.
Delikt, privatrechtliches 203, 204, 205, 252.
Deliktsobligation 211.
delitto naturale 114—117.
Deportation 83, 84 f., 118, 155, 156, 157, 195, 238 f., 240, 142, 243—250, 260, 261 f.
Deportation als Sicherungsmittel, s. Sicherungs-Deportation.
Determinismus 9, 14, 21, 23, 24, 35, 36—41, 220, 226, 228; s. auch Willensfreiheit.
Diebstahl, 16, 52, 123, 132, 133, 139, 143, 145, 150, 152, 153, 155, 159—162, 166, 167, 195, 205, 214, 222, 227, 241, 252, 257, 260.
Dreiteilung der Strafhandhandlungen 130—137, 189 f.
Duchesne-Paragraph 105.

E.

Echte Verbrecher 152 f., 156.
Ehebruch 87, 171—174, 214.
Ehrenhafte Gesinnung, s. Gesinnung.
Ehrloses Motiv 148.
Einzelhaft 234, 235, 237.
Emanzipation des fünften Standes 227.
Entführung 124, 214.
Entgeltung 61 f., 121, 210 f., 212.
Entgeltungstheorie, 8, 9 f.
Entwendung 160 f., 240.
Enzyklopädisten 218, 219, 220—223.
Erfolg 51, 54, 67, 92 f., 94, 97, 98, 101, 121, 122, 127, 130, 133, 134, 151, 193, 194, 217.
Erfolgshaftung 96—98.
Ermächtigung zur Strafverfolgung 171, 173f., 215.
Erpressung 153, 161, 183.
Ethik, s. Sittlichkeit und s. Sittlich-rechtliche Rechtsepoche.
Ethisierung des Strafrechts, s. Humanitätsidee im Strafrecht.
Exhibitionismus 180, 181.

F.

Fahrlässigkeit 9, 54, 58, 64—73, 92, 93, 122, 123, 133, 139, 179.
Fahrlässigkeit, grobe und leichte 72 f., 133 f., 144.
Falsche Anschuldigung 212.
Feigheit 71, 80, 90.
Festungshaft 129, 148, 149, 240, 243.
Folter, s. Tortur.
fornicatio 169.
Freiheit, bürgerliche 125 f., 168 f., 196, 218, 220 f.
Freiheit, politische 217 f., 220 f.
Freiheitsstrafe, Reform der 127, 231—239, 254, 258.
Freiheitsstrafe, Vorherrschen der 206, 216, 225.
Freiwilliger Rücktritt vom Versuch 100 f.
Friedensbruch 119, 124, 204, 208.
Friedlosigkeit 53, 118, 202, 204, 205, 206, 207—209, 214, 251.
Fürsorge für Strafentlassene 19, 261 f.
furtum, s. Diebstahl.
furtum usus 135.

G.

Gedankenfreiheit 168, 218, 224.
Gefährdungsdelikt 133, 139, 142, 157, 256, 264.
Gefährdungsdelikte, abstrakte 140 f.
Gefängnisarbeit 234, 237 f.
Gefängnisbau 225 f.
Gefängniskost 233, 238.
Gefängnisstrafe 149, 192, 195, 196 f., 236, 237 f., 239, 240, 241 f., 242; s. auch Freiheitsstrafe, Reform der
Gefangenenbefreiung 212.
Gefangenenbibliothek 234.
Gehilfe, s. Teilnahme.
Geisteskranke, s. Unzurechnungsfähigkeit.
Geldstrafe 160, 250—257.
Geldstrafe, Reform der 127, 218, 253—257, 258.
Geldstrafe, uneinbringliche 256 f.
Gelegenheitsverbrechen 41, 159, 264.
Gelegenheitsverbrecher 57, 153, 159.
Gemeingefährlichkeit gemindert Zurechnungsfähiger 78.
Gemeinschaftshaft 233—238.
Geminderte Zurechnungsfähigkeit, s. Zurechnungsfähigkeit, geminderte.
Generalpräventionstheorie 8, 16—19, 23, 30, 32, 217, 218, 219, 220, 222, 223, 224, 228; s. auch Zwecktheorie, soziale.
Geplante Verbrechen 132, 150, 188.
Gerechtigkeitstheorien 8—15.
Geschlechtskrankheiten, Bestrafung der Ansteckung mit 179, 280.
Gesinnung 122, 128, 133, 135, 148, 149, 158, 195, 243, 258, 264; s. auch Motiv.
Gesinnungsfreiheit 168 f.
Geständnis 193.
Gewerbsmäßiges Verbrechertum 132 f., 153, 155—158, 161, 165, 166, 235, 246.
Gewinnsucht 245, 255; s. auch Motiv.
Gewissensfreiheit 168.
Gewohnheitsverbrecher 57, 127, 132 f., 134, 153 bis 157, 158, 161, 165, 166, 235, 246, 247.
Gnade s. Begnadigung.
Gotteslästerung 134 f.
Grober Unfug 141.
Gruppe als Verbrechenssubjekt 52.

H.

Haft 160, 164 f., 166, 238, 239, 240 f., 254; s. auch Freiheitsstrafe, Reform der.
Haftung für fremde Schuld 52.
Haftung für nicht verschuldeten Erfolg, s. Erfolgshaftung.
Haftung, strafrechtliche, der Gruppe 52.
Handlung 35, 51, 55, 69, 122.
Hehlerei 72, 143 f., 145, 148, 153, 155.
Heilungstheorie 7.
Hexenprozesse 215, 217; s. auch Zauberglaube.
Hochstapelei 132.
Hochverrat 116, 118, 132, 133, 136, 149, 247; s. auch Verrat.
Homosexualität s. Päderastie.
Humanitätsidee im Strafrecht 215—228, 255, 261.
hybris 51, 52 f.

I (J).

Indeterminismus, s. Willensfreiheit.
Individualutilitarismus, Theorie des 225.
Injurie 211.
Inquisitorische Gestaltung des Vorverfahrens 187, 228.
Internationale Kriminalistische Vereinigung 24.
Inzest 124, 125.
Irrtum, s. Strafrechtsirrtum.
Jugendliche, geminderte Schuldfähigkeit der J. 26, 41, 58, 77, 78, 80—85, 134, 135, 187, 247, 258 f., 260, 264.

ius talionis 225; s. auch Talion.

K.

Kapitalstrafe 205; s. auch Todesstrafe.
Kapitalverbrechen 205; s. auch Todesstrafe.
Kausalität 39, 73, 121.
Kinder, fehlende Strafschuld der 41, 44, 55, 58, 80—84.
Kinder, Unzucht mit 180, 181 f., 195.
Kinderschutz (gegen Ausbeutung) 114 f., 126.
Kindsmord 151.
Klassenstaat, neuzeitlicher 136.
Körperverletzung 133, 135, 150, 179, 211, 212, 240, 241, 252, 253, 256.
Kollusionsgefahr 187.
Komposition 204.
Konfiskation des Vermögens, s. Vermögensstrafe.
Kontrasexualität, s. Päderastie.
Kriminalanthropologie 20 f., 22, 123 f., 126—128, 226 f.
Kriminalpsychologie 21, 124, 226 f., 233.
Kultur 41, 117, 123—126, 153.
Kulturstaat 228, 269.
Kulturstufen der Rechtsentwicklung, s. Religiösrechtliche Epoche und s. Anethische Rechtsepoche und s. Sittlich-rechtliche Rechtsepoche.
Kuppelei 133, 144, 145, 175 f., 177, 178, 195, 257, 260.

L.

Landesverrat 132, 133, 136, 149, 247.
Landfriedensbruch 151, 247.
Landstreicherei 59, 78, 124, 134, 139, 157, 163—167, 240, 244, 252, 264.
Legalitätsprinzip 187.
Leibesstrafen 210, 213, 215 f., 223, 224, 258.
Lustmord 180.

M.

Mädchenhandel 176.
Masochismus 180.
Massenverbrechen 151.
Masturbation 180, 235.
Meineid 149, 150, 188, 195, 212.
Meinwerke 122, 130, 147 f.
Menschenopfer, s. Todesstrafe.
miasma 51, 53, 120, 205, 207.
Mildernde Umstände 77, 149, 158 f., 161, 192, 195, 227.
Mittäter, s. Teilnahme.
Mord 3, 123, 132, 133, 149, 150, 203, 205, 211, 212.
Motiv 70, 71, 75, 104, 146 bis 149, 258.
Motiv, ethische Bedeutung 26, 148 f.
Motivation, Art der 149 bis 151.
Münzfälschung 132.
multa 169, 251, 252.
Mundraub 134, 160, 161.

N.

Nachbehandlung, sichernde, s. Sichernde Nachbehandlung.
Nacheid 188.
Naturrecht 3—6, 33, 34, 35, 42, 44, 66, 86, 114, 219, 224.
Neidingswerke 122, 148.
Neuhumanismus im Strafrecht 226—228.
Normentheorie 10—12.
Notstand 44, 58, 88—92.
Notwehr 58, 85—88.
Notwehrexzeß 58, 87, 88.
Notzucht 124, 132, 150, 203, 205, 214.
Nulla poena sine lege poenali 169, 191 f.

O.

Opfertod 66, 118, 202, 204, 205 f., 207, s. auch Todesstrafe.

P.

Päderastie 180—186, 235.
Panoptische Gefängnisse 225 f.
Parteiprozeß 187.
Pasquill 212.
Peinliche Frage 143.
perduellio 61, 207; s. auch Friedlosigkeit.
Perforation 91.
Persönlichkeit (als strafrechtsphilosophischer Grundbegriff) 15, 40 f., 42, 43—60, 62, 67, 70, 74, 79, 81, 86 f., 90, 94, 101, 107, 113, 114, 128, 136, 138, 146—151, 152 f., 155, 159, 161, 189, 204 f., 209 f., 231, 263.
Persönlichkeit, ethische 3, 4, 15, 43 f., 48, 49 f., 81, 82, 107.
Politische Verbrechen 148.
Polizeiaufsicht 78, 259—261.
Polizeistaat 25, 260, 261.
Polizeistrafe 250, 252, 253 f., s. auch Polizeiunrecht.
Polizeiübertretung, s. Polizeiunrecht.
Polizeiunrecht 79, 80, 113, 127, 131, 132, 134, 136, 137—142, 252, 253 f.
Positive Strafrechtsschule, s. Zwecktheorie, soziologische.
Präsumtionen, verdeckte 63, (87, 88), 94 f., 96, 139, 142—146, 177.
Prävention, s. Verbrechensprophylaxe.
Privatklage 187, 214 f.
Prostitution 171, 176, 183, 244, 245.
Prügelstrafe 258.

R.

Rache, s. Blutrache und s. Vergeltung.
Rädelsführer beim Landfriedensbruch 151, 247.
Raub 123, 124, 132, 143, 152, 153, 155, 160, 161 f., 166, 167.
Rechtsgut 122, 193, 201, 203; s. auch Erfolg.
Rechtirrtum, entschuldbarer 95 f., 145.
Rechtsstaat 228, 269.
Rechtswidrigkeit, Bewußtsein der, s. Strafrechtsirrtum.
Reform der Freiheitsstrafe, s. Freiheitsstrafe Reform der.
Reform der Geldstrafe, s. Geldstrafe Reform der.
Reichsgericht 136, 190.
Relative Straftheorien 3, 8, 12, 15—28, 202, 245, 255.
Religiösrechtliche Epoche 6, 7, 50, 51, 53 f., 66, 117 bis 120, 121, 124, 170, 202, 204, 205, 206—210, 214, 229.

Religionsvergehen 218.
Retorsion 214.
Revision 195.
Rohheitsdelikte 258.
Rudimente in der Strafrechtsgestaltung 51, 52, 56, 118, 119, 121, 128, 171, 209, 214, 250, 266, 269.
Rückfall 134, 145, **154—158**, 161, 165, 166, 195, 237, 246, 247.
Ruhestörung 141.

S.

Sachbeschädigung 135.
Sadismus 180.
Schadensersatztheorien **6 f.**, 12.
Schlüssel, unbefugte Anfertigung von 140.
Schmiergelderunwesen, Bestrafung des 136.
Schöffengericht 136.
Schöffengerichte, Ausbau der **188—190**.
Schuld 55 f., 57, 60—63, **64** bis **73**, 93, 94, 107, 121, 122, 123, 126, 127, 131, 132, 133, 135, 136, 138, 155, 156, 157, 192, 193, 194, 195, 196, 213, 214, 217, 218, 231, 236, 237 bis 243, 254, 263, 264.
Schuldausschließungsgründe 57; s. auch Unzurechnungsfähigkeit.
Schutzordnung, Staat als 32 f.
Schutztheorie, s. Zwecktheorie, soziologische.
Schwachsinn 76.
Schwurgericht 136.
Schwurgerichte, Reform der **188—191**.
scortatio 169.
Selbsthilfe, s. Zweikampf.
Selbstmord 218, 222.
Sichernde Nachbehandlung 78, 84 f., 260.
Sicherungs-Deportation 83, **84 f.**, **246 f.**; s. auch Deportation.
Sicherungstheorie, s. Zwecktheorie, soziologische.
Sittlichkeit 5, 9, 12 f., 14, 21, 35, 43, 47 f., 79, 115, 122, 123, 127.
Sittlichkeitsdelikte **169** bis **186**.
Sittlich-rechtliche Rechtsepoche 51, **55**, 57, 66, 79, 98, 99, 117, 120, **121** bis **123**, 168, 171, 172, 194, 206, 214, **215—228**.
Sozialethik 115, 120, 125, 126, 226, 232 f., 255.
Sozialgefährlichkeit 112, 127, 131 f., 147, 153; s. auch Zwecktheorie, soziologische.
Soziologische Zwecktheorie, s. Zwecktheorie, soziologische.
Spezialprävention 8, 19, 23, 30, 32, 217, 220, 224, 228.
Sprengstoffverbrechen 133, 143, 149, 247.
Steuerhinterziehungen 58 f., 139, 252 f.
Strafantrag 171, 173, **214 f.**
Strafbare Handlung 3; s. auch Verbrechen.
Strafe 9, 10, 12, 34, 54, 62, 130, 131, 132, 136, **201** bis **206**.
Strafe als Strafübel 4, 7, 34, 201 f., 216 f.
Strafkammern der Landgerichte 136, 190.
Strafklagerecht 11, 266, 267.
Strafminimum 192 f., **195**, **239—242**, **254**.
Strafrahmen **239—243**, **247**; s. auch Strafzumessung.
Strafrecht im subj. S. 10, 11, 201, 266, 267.
Strafrecht und Staat 42, 112, 123.
Strafrechtsirrtum **92—96**, 144.
Strafschuld, s. Schuld.
Straftheorien **3—33**.
Strafverschickung, s. Deportation.
Strafvollzug, Reform des, s. Freiheitsstrafe, Reform der.
Strafzumessung 72, 132, 148 f., **191—195**, 227, 246.
stuprum 170.
Subsumptionsirrtum, s. Strafrechtsirrtum.
Sühne, Auffassung der Strafe als, s. Religiös-rechtliche Epoche.
Sühnetheorie 5, 7 f., 193, 208, 220, 230.
Surrogate der Geldstrafe 256 f.
Symbolische Talion 213.

T.

Tätige Reue 101.
Talion 3, 54, 121, **206**, **210** bis **214**, 216, 217, 218, 223, 224, 225.
Talionsähnliche Strafe **212 f.**, 254.
Teilnahme **101—106**, 121.
Tierquälerei **134**, 139.
Todesstrafe 3, 53, 118, 170, 194, 202, 211, 213, 214, 215 f., 217, **219**, 222, 223, 224, **229—231**, 242, 247, 266.
Tötung, fahrlässige 241.
Tötungsrecht bei Ehebruch der Frau 87, 172.
Tortur 215, 217, 218, 219, 221, 222, 223.
Totschlag 133, 150, 203, 205, 211, 212, 252.
Transportation s. Deportation.
Trepanation 91.
Trucksystem, Verbot des 126.
Trunkenheit 71, **79 f.**
Trunksucht **78 f.**

U.

Ueberlegung **149—151**.
Uebertretung 78, 83, 100, 131, **134—136**, 138, 139, 149, 156, 157, 159, 190, **238**, 239, **240 f.**, 254, 263, 264.
Unbefangenes Unrecht 4.
Unbestimmte Verurteilung 63, 127, **195—197**.
Unfug, grober 141.
Unlauterer Wettbewerb, s. Wettbewerb, unlauterer.
Untauglicher Versuch **100**.
Unterbrechung der Verjährung 107.
Untersagung der Berufsausübung 72.
Unterschlagung 133, 161, 241.
Untersuchungshaft 187, 235, 236, 238.
Untreue 133, 241.
Unverbesserliche 26, **154** bis **156**, 166.
Unzüchtige Handlungen, öffentliche 178 f.; s. auch Exhibitionismus.
Unzüchtige Schriften 178 f.; 253.
Unzucht, gemeine 169 f.

Unzurechnungsfähigkeit 44, 55, 58, **73—78**, 181, 185f.
Urteil 195.
Útlegð 209.

V.

Verbrechen 4, 20, 51, 57, **111—128**, 132, 194.
Verbrechen (i. e. S.) 78, 83, 100, 131, **132 f.**, 136, 149, 156, 157, 159, 182. 190, 192, **238 f.**, 239, **240, 242**, 245, 246, 247, 263.
Verbrechensprophylaxe 12, 23, 24, 26, 27 f., 226, 261; s. auch Generalprävention stheorie.
Verbrecher 46, 54, 55, 56, 57, 58 f., 60, 86, 90, 112, 113 f., 121, 131; s. auch Strafschuld und s. Verbrechen.
Verdeckte Präsumtionen, s. Präsumtionen, verdeckte.
Vereinigungstheorien 11, 12, 13, 27, **28—30**, 32, 217.
Verführung 170 f., 182, 184,
Vergehen (i. e. S.) 78, 83, 100, 131, **133 f.**, 135, 137, 139, 149, 156, 157, 159, 182, 190, 192, 195, **237 f.**, 239, **240, 241**, 263.
Vergeltung 3, 5, 6, 8, 12, 13, 14, 23, **31**, 33, 230.
Vergeltungstheorie 3, 8, 12, **30—33**, 41 f., 203, 220, 225, 264.
Verjährung der Strafverfolgung 63, 82, **106 f.**, 145.
Verjährung der Strafvollstreckung 63, 82, **106 f.**, 145.
Verleitung zum Meineid 105.
Vermögenskonfiskation, s. Vermögensstrafe.
Vermögensstrafe 204, **208**, 209, 250, **251 f.**, 253, 255.
Verrat 116, **118**, 119.
Versuch 54, 59, **98—101**, 121, 122, 167.
Versuch am untauglichen Objekt **100**, 134, 135.
Versuch mit untauglichem Mittel **100**, 134, 135.
Verteidigung 187.
Verwandtenhaftung 52.
Verweis **258 f.**
vir bonus (Leibniz) 46 f., 152.
vir malus 47 f., 56, 58 f., 66, 86, 107; s. auch Verbrecher.
Vorbereitungshandlung 104, 106, 140, 178.
Voreid 188.
Vorsatz 54, **64—73**, 92, 93, 122, 123.
Vorstellung 68, 146, 147.
Vorstellungstheorie **68—70**.
Voruntersuchung, Reform der **186—188**.
Vorverfahren, Reform des **186—188**.

W.

Waffentragen, verbotenes 140.
Warnungstheorie 16.
Wergeld 250.
Wettbewerb, unlauterer 16, 135, **136**.
Widernatürliche Unzucht, s. Päderastie und s. Bestialität.
Wiedervergeltung, s. Vergeltung.
Wille 35, 36—41, 44, 51, 65 f., 68, 69, 121.
Willensbestimmung, freie 75 f.
Willensfreiheit 18, 21, 35, 36—41; s. auch Determinismus.
Willenstheorie (bezüglich der Schuld) **68—70**.
Willensunfreiheit, s. Determinismus.
Wohlfahrt der Gesellschaft 25.
Wucher 16, 96, 125, 126, 153.
Wüstung des Vermögens, s. Vermögensstrafe.

Z.

Zauberglaube 45, 117 f., 215.
Zellengefängnisse 225 f.
Zeugenaussagen 188, 256.
Zolldefraudationen 139, 252 f.
Zuchthausstrafe 148, 149, 161, 192, 195, 236, **238**, 239, **240, 242**, 245, 246, 247, 248; s. auch Freiheitsstrafe, Reform der.
Zuhälterei 133, 144 f., **176** bis 178, 260.
Zurechnung zur Schuld 40; s. auch Schuld.
Zurechnungsfähigkeit, geminderte 41, **73—78**, 79, 127, 134, 135, 158, 166, 167, 181, 185, 195.
Zwang, unwiderstehlicher 90.
Zwangserziehung 83.
Zweck, s. Absicht.
Zwecktheorie, soziologische 9, 13, 15, **19—28**, 41 f., 46, 47, 56, 123, 125, 126 bis 128, 156, 193, 262.
Zweikampf **128 f.**, 135, 149, 240, 243.

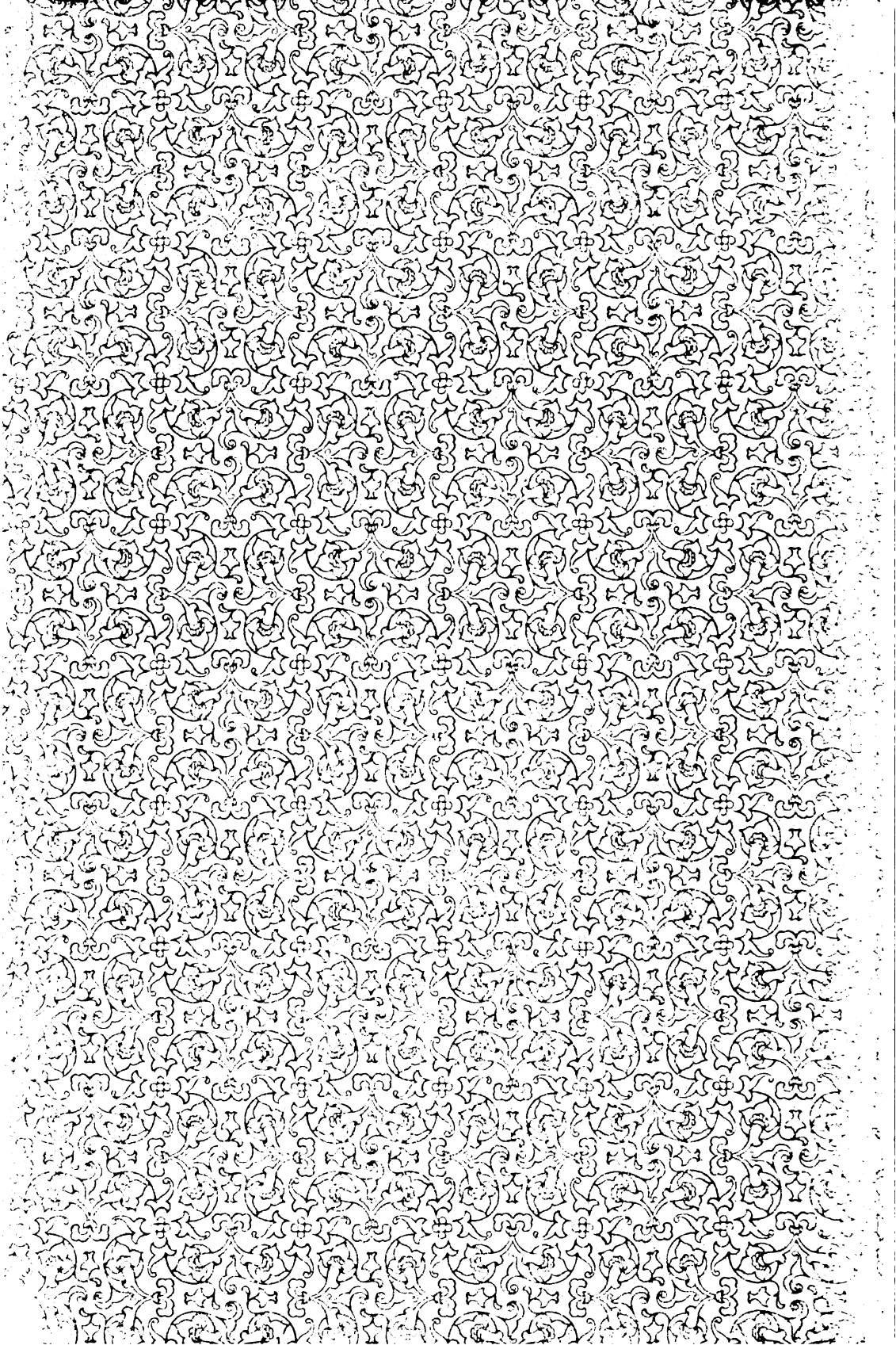
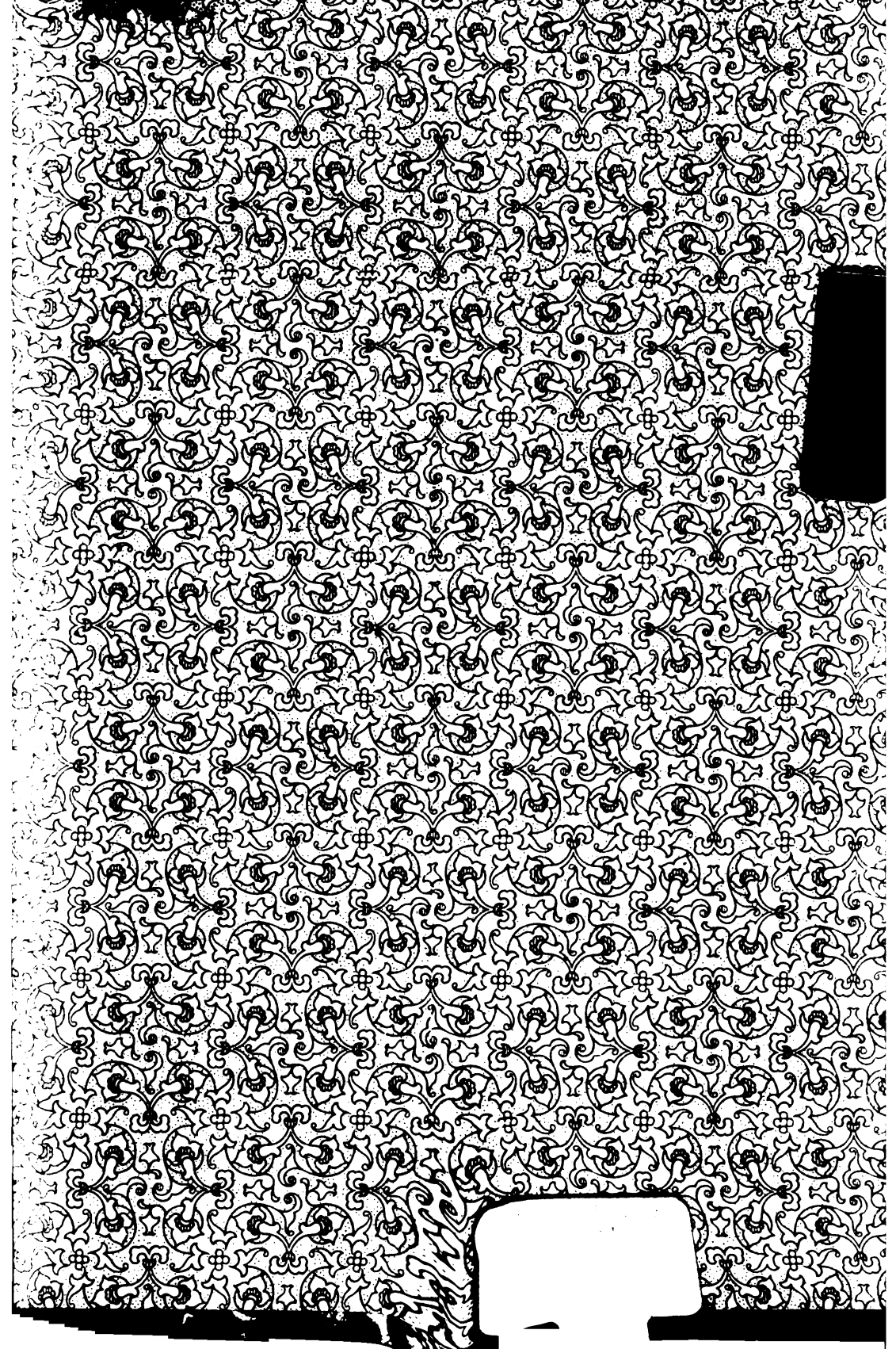
Ex. C.
6/6/13

Berichtigungen und Ergänzungen.

S. 51, Z. 6 von oben, statt: das, lies: der.

S. 105, Z. 18 von oben, statt: schweren Verbrechen, lies: Verbrechen (i. e. S.).

S. 128, Note 1, ist beizufügen: Coulin, Der gerichtliche Zweikampf im altfranzösischen Prozeß und sein Übergang zum modernen Privatzweikampf, T. I, bevorwortet von Kohler, Berlin 1906.

S. 179, Note 16 ist beizufügen: A. Löffler, Die Körperverletzung (Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bes. Teil, Bd. V), S. 292—298; siehe dort auch über die Pönalisierung der wissentlichen Ansteckungsgefährdung als Übertretung.

S. 210, Note 1, ist beizufügen: Coulin, Der gerichtliche Zweikampf etc., S. 144—146.